…الطف … بعم الله
… ابي عبد الله
… الدين جار الله
١١٤٠

الجزء السادس من الغاية في شرح الهداية

تاليف الشيخ الامام العالم العلامة قاضي القضاة حاكم
الحكام مفتي الانام اوحد المتاخرين شمس الدنيا
والدين ابي العباس احمد بن ابرهيم
السروجي الحنفي
رحمه الله
امين

باب الجنائز الى تمام كتاب الحج كتاب النكاح … من كتاب الطلاق الى باب الظهار

بسم الله الرحمن الرحيم

في المنافع تقديم احكام المحرمين فبدا بما يعتبر بهم من العوارض كالجنايات والاحصار [illegible] ذات اعلم ان الاحرام يحظر على المحرم اثنا عشر شيا التطيب بالطيب و[illegible] وتغطية الراس وتغطية الوجه وهو قول مالك ولبس المخفين وحلق الر[illegible] شعر البدن خلافا لداود الظاهري وقص الاظفار خلافا لعطا وقتل [illegible] قمل خلافا لابن حنبل فانه جعله من الفواسق الموذيات على ما ياتي وقتل الصيد و[illegible] دلالة عليه والوطئ وانزال الما الدافق ملحق بالوطئ [illegible] يحتاج اليه [illegible] هذا الباب وهي ان الجوابر مشروعة لاستدراك المصالح الفايتة والزواجر مشر[illegible]عة لدفع المفاسد المتوقعة ولا يشترط فيمن وقع في حقه الجابر ان يكون اثما حتى شرع الجابر مع العمد والخطا والعلم والجهل والذكر والاختيار والنسيان والاكراه خلاف الزواجر فان معظمها على العصاة زجرا وقد تكون على العصاة [illegible] دفعا للمفاسد من غير اثم كتاديب الصبيان ورياضة البهايم وقتل الخطا وقتال البغاة ذو التفريق الكلمة مع عدم التاثيم لانهم من اهل التاويل وقد اختلف [illegible] بعض الكفارات هل هي زواجر لما فيها من تحمل مشاق الاموال وهي جوابر لانها [illegible] لا تصح من الكافر ولا تصح الا بالنية وليس التقرب الى الله تعالى زجرا بخلاف الحد[illegible] والتعزيرات لانها زواجر اذ ليست قربات لانها ليست فعلا للمزجورين بل تفعلها الايمة فيهم ثم الجابر يقع في العبادات والنفوس والاعضا والاموال و[illegible] نع بشروطها فجوابر العبادات كسجود السهو مع ترك الواجبات في الصلاة او [illegible] بها او تاخير اركانها دون تركها وكالتيمم مع الوضو وكالصوم والاطعام بالد[illegible] في حق من ارتكب محظورات الحج والدم لترك الميقات وغيره من واجبات الحج وتاخير طواف الافاضة عن ايام النحر وتاخير رمي الجمار والحلق على ما عرف [illegible] جبر الصيد في الاحرام والحرم في المثل او الطعام او الصيام على ما ياتي والصيد [illegible] لحق الله بذلك وبالقيمة للمالك وهو بتلف واحد جبر بيدلين وشجر

للدم

الحرم وحشيشه خلافا لمالك وكالصلاة تجبر بالمال في حق العاجز ولعلمه [illegible] فلا يجبر المال الا بالمال وجبر الحج والعمرة بالهدي والمال وكذا الصيد [illegible] بالمثلي ذوات القيم بالقيمة وهذا باب عظيم وما ذكرناه تنبيه [illegible] قوله

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة وفي المعنى اجمع اهل العلم على [illegible] المحرم ممنوع من التطيب بالطيب وقوله عليه السلام في المحرم الذي وقصته راحلته لا تحنطوه متفق عليه وفي رواية لمسلم لا تمسوه بطيب وعن ابن عمر [illegible] ان رسول الله نهى ان يلبس المحرم ثوبا مسه ورس او زعفران او ورس وعن يعلى بن امية [illegible] رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم وهو متضمخ بالصفرة وفي رواية بالطيب [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم اغسل عنك الصفرة وفي رواية اما الطيب فاغسله ثلاث مرات ذكر الكفارة مجملا حيث ذكر الطيب مطلقا من غير تقييد [illegible] دون عضو ثم بين هذا المجمل فقال ان طيب عضوا كاملا فعليه دم الى [illegible] صاحب المختصر يذكر في اول الكتاب او الباب قولا جامعا لما يشتمل عليه الكتاب والارتفاق الكامل يوجب الدم والناقص الصدقة ونقايص الحج تجبر بالدم والصدقة لنقايص الصلاة تجبر بسجود السهو وفي المحيط يحتاج الى معرفة الطيب [illegible] ما يلزمه بالطيب اما الطيب وكل ما له رايحة طيبة مستلذة كالزعفران والبنفسج والياسمين بكسر السين ونحوها وفي البدايع كالبنفسج والورد والزنبق والبان والخيري وساير الادهان وفي المرغيناني كالمسك والغالية والعنبر والعود والورس والصندل والكادي والزنبق بالنون دهن الياسمين وفي المحيط ان طيب عضوا كاملا فعليه دم كالراس والوجه والفخذ والساق وقيل الكثير ربع العضو والقليل دونه واعتبره هذا القايل بالحلق وقال ولهذا لم يجب دم بالاكتحال [illegible] المطيب لان العين لا تبلغ ربع العضو الكبير ومثله الانف فان فعل ذلك مرارا [illegible] فعليه دم والا صدقة والفرق بين التطيب والحلق على الاول ان حلق ربع الراس معتاد بين الناس فان الاتراك والعباسية تحلق نواصيها للراحة وكثيرا من الهاشميين يحلقون اوساط روسهم والعلوية تحلق نواصيها للراحة والزينة وللعرب عادات مختلفة في ذلك تبلغ الربع ولا تعم الجميع فاعتبرنا الكثير فيه بالربع لذلك بخلاف الطيب [illegible] ذكر الفقيه ابو جعفر ان الكثرة تعتبر في نفس الطيب لا في العضو فان كان كثيرا مثل كفين من الورد وكف من الغالية والمسك بقدر ما تستكثره الناس فيكون كثيرا وان كان في نفسه قليلا والقليل ما تستقله الناس وان كان في نفسه كثيرا وكف ما الورد يكون قليلا والحكم قول اشار محمد والصحيح ان نوفق بين الاقوال فنقول ان كان الطيب قليلا فالعبرة

للعضو [illegible] طيب حتى لو طيب بالقليل عضوا كاملا جب به دم وفيما دونه صدقة
وان كان [illegible]لطيب كثيرا فالعبرة للطيب لا للعضو حتى لو طيب به ربع عضو يلزمه الدم
لذلك لان [illegible]يب له محلان طيب وعضو فان كان الطيب كثيرا فقد كثر فعل التطيب
باعتبار المحلين فيجب دم وان كان الطيب قليلا والعضو صغيرا كالعين والانف
او كثيرا فطيب بعضه فقد قل التطيب باعتبار المحلين فيجب صدقة وان كثر
احد المحلين د[illegible]ن الاخر اوجبنا الدم احتياطا وهذا كما قال محمد في تقدير
النجاسة الك[illegible]م فاعتبر المساحة في الرقيقة والوزن في الكثيفة وفي الذخيرة
ان كان الطيب كثيرا فاحشا ففيه دم وفي القليل صدقة واختلفوا في حد القليل
لاختلاف عبارة محمد ففي بعض جعل حد الكثرة عضوا كاملا فقيل اذا خضب راسه
بالحنا او لحيته [illegible] خضبت راسها او يدها ففيه دم وفي بعض المواضع جعل
حد الكثرة في نفس الطيب فقال ان اكتحل بكحل فيه طيب ففيه صدقة ما
لم يفعله مرارا فعليه دم وان استلم الحجر واصابه طيب كثير فعليه دم
وبعض المشايخ اعتبر الكثرة بالعضو الكبير كالفخذ والساق وبعضهم يرفع
العضو الكبير وذكر عن ابي جعفر كما مر قال خواهر زاده ان كان الطيب في
نفسه قليلا الا انه طيب به عضوا كاملا فهو كثير وان كان كثيرا لا يعتبر
فيه العضو فاخذ بالاحتياط وان مسه ولم يلتزق بيده شي منه فلا شي
عليه وان التزق ففي الكثير دم وفي القليل صدقة وفي مناسك الكرماني
لو طيب جميع اعضائه فعليه دم واحد لاتحاد الجنس ولو كان الطيب في
اعضاء متفرقة جمع ذلك كله فان بلغ عضوا كاملا فعليه دم والا صدقة
وفي النوادر ان مس [illegible]ا صبعه فاصابها كلها فعليه دم ولا يعتبر قصده
ذكره في الذخيرة [illegible] الاصبع الواحدة عضو اكبر الخلاف ما ذكر
في العين والانف [illegible] في النوادر عن ابي يوسف ان طيب شاربه كله او بقدره
من اللحية فصدقة ذكره في المحيط وان دخل بيتا قد اجمر فعلق بثوبه
رائحته فلا شي عليه لعدم عينه بخلاف ما لو اجمر ثوبه فانه يجب في الكثير
دم وفي القليل صدقة لانه منتفع بعينه وان لم يعلق بثوبه فلا شي عليه
انتهى كلام صاحب الذخيرة وفي المحيط وجوامع الفقه ذكر في الجرد طيب
شبرا في شبر فبقي عليه يوم اطعم نصف صاع وان كان اقل من يوم فقبضة
من طعام وفي المحيط لم يذكر في الاصل كيفية الصدقة وعن محمد في ثلث يوم
بثلث قيمة الشاة وفي النصف بنصفها وعن ابي يوسف يطعم نصف صاع بر
لانه

لانه اقل الكفارة وفي الذخيرة روى ابراهيم عن محمد انه قال ان اعتم [illegible] طيبا
فعليه دم فقلت ما الفرق بين القميص والطيب فان الطيب لا يجب في لبس القميص
حتى اكثر اليوم فقال لان الطيب يتعلق به قلت وان غسله من ساعته قال وان
غسله من ساعته وفيه هشام عن محمد في خلوق البيت او القبر اصاب ثوب المحرم
حله ولا شي عليه والخلوق بفتح الخا وفي المحيط ان لبس ثوبا مصبوغا بزعفران او
عصفر مشبعا يوما او اكثر فعليه دم لان لبسه محظور لمكان الطيب وفي اقل من
يوم صدقة ولو كان مخيطا ينبغي ان يكون عليه دمان للبس المخيط واستعمال
الطيب كما لو سد راسه بالحنا وفي البدايع ان اكل طيبا فعليه دم في الكثير وفي الينابيع
اذا اكل زعفرانا وهو ان يتلطخ جميع فمه فعليه دم عند ابي حنيفة وفي الذخيرة الزعفران
في الطعام اذا اكله لا شي عليه مسته النار ام لا لاستهلاكه فيسقط حكمه كاللبن
كاللبن اذا اجعل في الطعام فاكله صبي لا يثبت به حرمة الرضاع وفي البدايع الطيب
في الطعام اذا طبخ واكل فلا شي عليه فيه وان وجدت رائحته وهو قول عمر وعطا
ومجاهد وابن جبير وطاوس ومالك وفي الذخيرة ان جعل في الملح فالعبرة للغالب
ومثله في البدايع وان لم يطبخ في الطعام كره اكله ان كانت رائحته توجد فلا شي عليه
ذكره في الذخيرة والبدايع لان الطعام غالب وكل طعام يقصد اكله يصير تبعا
للطعام ويسقط حكمه لان المقصود منه الاكل دون التطيب وليس شرب الدوا
الذي فيه طيب كاكل الطعام الذي فيه طيب لان من الطيب ما يقصد شربه فاذا
خلط بمشروب لم يصر تبعا للمشروب مثله الا ان يكون المشروب غالبا كما لو خلط
اللبن بالما وعند الشافعية ان اكل طعاما فيه زعفران او غيره من الطيب او
استعمله مخلوطا بالطيب ينظر ان استهلك الطيب فيه فلم يوجد ريح ولا طعم ولا لون
فلا فدية فيه بلا خلاف وان بقيت الرائحة وجبت الفدية وان بقي اللون وحده اختلفوا
فيه وان بقي الطعم وحده ففيه ثلاث طرق اصحها وجوب الفدية ونحوه عن ابن حنبل
وتفريعات الحنابلة ماخوذة من كتب الشافعية وهو مذكور في المغني ومذهبنا قول
ابن عمر وعطا ومجاهد وسعيد بن جبير وطاوس وكانوا لا يرون باسا باكل الخشكنانج
الاصفر وبه قال مالك هكذا انقله عنه في المغني وفيه ان بقي لونه وذهبت رائحته
وطعمه لا يمنع بالاجماع وقد ذكر النووي اختلافهم فيه وقال ابن قدامة وان بقي معه
طعمه اختلفت الحنابلة فيه قال ومذهب الشافعي منعه وما ثبت عن ابن عمر وغيره من الصحابة
والتابعين وفي الملح الخشكنانج الاصفر رد الاكل ولانه لم يبق فيه طيب لاستهلاكه في الطعام
ولم يقصد التطيب به فلا معنى لقولهم وتفصيلهم قوله ثم واجب الدم يتادى بالشاة

في جميع المواضع الا في موضعين احدهما ان جامع بعد الوقوف بعرفة والثاني من طاف طواف
الافاضة جنبا فانه يجب فيهما البدنة على ما ياتي ان شاء الله وقد ذكرناه مستوفا وما
فيه من مذاهب الصحابة وغيرهم في باب القران وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي
نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة وسياتي ان شاء الله تعالى **قوله**
فان خضب راسه بالحنا فعليه دم وان لبده به فعليه دمان دم للتغطية ودم
للطيب قال شمس الايمة في الاصل خضب راسه ولحيته بالحنا عليه دم وفي
الجامع الصغير افرد الراس بالذكر في ايجاب الدم فتبين بما ذكره في الجامع الصغير
ان كل واحد مضمون بالدم قال هذا اذا كان رقيقا مايعا وان لم يكن مايعا فعليه
دمان على ما تقدم والحنا طيب عندنا خلافا للايمة الثلاثه وعند مالك في الحنا
فدية عليه في الكثير وتعلقوا بما روي ان ازواج النبي صلى الله عليه وسلم كن
يختضبن بالحنا وهن محرمات قال النووي وهو غريب ورواه ابن المنذر بغير
اسناد فلم يكن حجة ويحمل ذلك على انه لو كان قبل احرامهن لو صح لنا ما روي عن
خوله بنت حكيم عن امها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها لا تطيبي وانت
محرمة ولا تمسي الحنا فانه طيب رواه البيهقي وغيره وروى النسائي ان النبي
عليه السلام نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحنا وقال الحنا طيب
ولو خضب راسه فلا شي عليه وفي الاصل الوسمة ليست بطيب وفي المنتقى ان خضب
بالوسمة فعليه دم في قياس قول ابي حنيفه وفي قياس قول ابي يوسف صدقة وفيه
عن الحسن عن ابي حنيفه اذا خضب راسه بالوسمة يطعم مسكينا نصف صاع وفي
الينابيع عن ابي يوسف عليه صدقة وقوله في الكتاب خضب راسه بالوسمة لاجل
المعالجة من الصداع عليه الجزا باعتبار انه يغلف راسه قال صاحب الكتاب
وهذا صحيح وفي البدايع الوسمة ليست بطيب لان رايحتها كريهة وانما الزينة
الشعر وترتيبه فان خاف ان يقتل هوام الراس تصدق بشي لانه يزيل الشعث
وعن ابي يوسف عليه دم لا للخضاب بل لتغطية الراس وهذا يقوي قول صاحب
الكتاب لكن ذكر وجوب الصدقة على قوله في الينابيع يدل على انه ليس للتغطيه
ويويده ما ذكره صاحب الينابيع قول صاحب المحيط الوسمة عند ابي يوسف بمنزلة
الحنا وهو طيب باتفاق الاصحاب وفي المغرب الوسمة بكسر السين وسكونها
شجرة ورقها خضاب يخضب ويخلط بالحنا وان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي
حنيفه وعندهما عليه صدقة ولا فرق بين الراس وساير البدن وظاهر كلام الخرقي
من الحنابله وعنه لا يدهن راسه ويدهن بدنه وعنه يجوز فيهما وقال عطا

ومالك والشافعي وابو ثور فدية في دهن الراس الفدية دون غيره من البدن وفي المحيط
لو ادهن بزيت او دهن لا طيب فيه فعليه دم عند ابي حنيفة وعندهما صدقة
وفي البدايع ما يستعمل في الابدان من الادهان وغيرها على انواع ثلاثه نوع
هو طيب محض معد للتطيب به كالغالية والمسك والعنبر والكافور وغير
ذلك مما اعد للتطيب تجب به الكفارة على اي وجه استعمل ونوع ليس بطيب
بنفسه ولا فيه معنى الطيب كالشحم والسمن فسوا اكله او ادهن به او جعله
في شقاق رجله لا يجب به الكفارة ونوع متردد ليس بطيب بنفسه لكنه اصل
الطيب يستعمل على وجه التطيب ويوكل ايضا كالزيت والشيرج والخل فيعتبر
فيه الاستعمال وذكر المثلاثه الكرماني وقال دهن السمسم لهما ان الزيت ليس
بطيب بل هو ماكول ولهذا لا يجب باكله شي واكل الطيب عند ابي حنيفة يوجب
الدم اذا كان كثيرا الا انه حرم التدهين به لازالة الشعث والتفث فوجبت
الصدقه لقصور الجناية ولو انه طيب حكما لانه اذا القي فيه ورق البنفسج
والورد والياسمين لانه بانفراده لا يوجب دما كلبس ثوب مبخرا من غير ان يعلق
الطيب به فاشبه الزعفران قلت ويشبه ان يكون العلة مركبة منهما او
يكون الورق شرطا لغلبة الزيت ولا يوجد بدونه وهذا الخلاف في الزيت البحت
والخل البحت وهو الحنا المر في الطيب والمطبوخ بالبنفسج والورد والبان والزنبق
بالنون بعد الزاي وهو دهن الياسمين الابيض واطلق الجوهري يجب الدم اتفاقا في
والبنفسج ليس بطيب عند الشافعي وخالفه اصحابه والمحو والعلف والتمر واللحم كل
ذلك الحنا المر ولو داوى بالزيت ونحوه جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة وفي فروق
الكرابيسي لو دهن المحرم جرحه او شقوق رجليه بزيت فلا شي عليه وبمثله لو داوى
جرحه والزق عليه طيبا فعليه دم والفرق ان الزيت بنفسه ليس بطيب محض
والحل ليس محل التطيب فيكون متداويا لا متطيبا فلا يلزمه شي ولا كذلك ما طيب
في نفسه وهو يوضح ما ذكره صاحب الكتاب او هو طيب من وجه مطعوم من وجه
فيشترط قصد التطيب به وفيما هو طيب من كل وجه لا يشترط القصد كالتداوي
بالمسك والغالية ونحوهما حيث تجب الكفارة به وان لم يقصد التطيب به واوجب
مالك والشافعي في الزيت الكفارة اذا استعمل في الراس فقط الا انه يزيل الشعث
ويحسن الشعر وهو خلاف حال المحرم قلنا اذا لم يكن طيبا لا يجب بذلك دم كالودك
الحمام وغسل راسه بالسدر والخطمي عند الشافعي وتفريعه بين الراس وغيره
ضعيف وتعلقوا بحديث ابن عمر انه عليه السلام ادهن بزيت غير مقتت وهو محرم

قال الترمذي حديث غريب لا نعرفه الا من حديث موسى بن يعقوب الشيخ قد تكلم
فيه يحيى بن سعيد قال ابن تيمية ولم ينقله الناس ولا وافق مذهبه وقال ايوب ليس
بشي وقال النسائي والدارقطني ضعيف وقال ابن حبان لا يحتج به وقال
البخاري عنده مناكير وذكره ابو الفرج في الضعفا والمتروكين وفي المغرب
دهن مقيت بالقاف وهو الذي طبخ بالرياحين حتى يطيب والفا تصحيف
وفي المحلى كره ابن عمر ان يدهن المحرم راسه بالسمن لصداع اصابه ولم يوجب
فيه شيا وعن مجاهد اذا تداوى المحرم بالزيت او السمن او البنفسج فعليه
الكفارة والخطمي طيب عند ابي حنيفة يجب به الدم وبه قال مالك ورواية
عن احمد وعندهما صدقة ولا شي فيه عند الشافعي وقيل لا خلاف في خطمي
العراق لان له رايحة مستلذة وعند ابي يوسف لا شي عليه ذكره في الينابيع
لهما انه يستعمل استعمال الحرض والصابون اذ يزيل الوسخ الا انه سبب قتل
الهوام فيتقاصر مقامه لان الوقوف على حقيقة قتلها متعذر فيلزمه صدقة
وله ان له رايحة طيبة مستلذة تزيل الشعث وتحسن الشعر والبشرة وتقتل
الهوام فتغلظت الجناية به ولا رواية في الحرض والصابون وليس بسبب
لقتل القمل ولهذا لا يموت القمل به اذا غسل الثوب به وفي المحيط عن ابي يوسف
ان القسط طيب لانه يتبخر به وفي البدايع لم يحك خلافا ثم ان اصحابنا
فرقوا بين قليل الارتفاق والجناية وبين كثيرها في الاحرام فاوجبوا
الصدقة في القليل والدم في الكثير والشافعي وابن حنبل رحمه الله عليهما
سويا بين القليل والكثير فيه في ايجاب الدم والصحيح عدم التسوية
لانه لغلظ الجناية وخفتها اثر في تغليظ الموجب وعدم تغلظه كالجناية
الواقعة على الصيد والادمي فانه ليس نتف ريشة من ريش الصيد كقطع
جناية ولا قطع اصبع الادمي كقطع يده وكذا اليسير الارتفاق اليسير المحرم
كالكثير فانهم قالوا على الصحيح من مذهبهم ان في قطع شعرة او شعرتين صدقة
مدا او مدين وفي الثلاث دما وقالت الشافعية لو وضع المحرم يده على المسك
والكافور وقصب الذريرة فعبقت ريحه ولم تعلق بيده فالاصح عند الاكثرين
منهم لا يجب به الفدية فعلم ان قليل الاستعمال للطيب لا يوجب الفدية فقد
تركوا القليل منه واشترطوا زيادة على اصل الاستعمال فما دون النوم والعضو
لا منابطه له في ايجاب الدم الذي نهيا به الواجب اذ الساعات لا تدخل تحت
الضبط بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا حنث بلبس ساعة لانه منع نفسه من نفس

اللبس

اللبس والعصفر طيب عندنا وكرهه عمر والثوري ومالك واباحه الشافعي وابن
حنبل وتعلقوا بحديث ابن عمر وليلبس بعد ذلك ما احببت من الوان الثياب معصفرا
او حريرا او حليا او سراويلا او قميصا او خفا رواه ابو داود ومن رواية محمد
ابن اسحاق وهو ضعيف مدلس ولا يصح وقد ذكرنا الثوب المعصفر في باب الاحرام
ولا يلزمه شي بشم الريحان والطيب والثمار الطيبة مع كراهة شمه للمحرم ذكره
في المبسوط وفي البدايع والمرغيناني كالمسك والكافور والعنبر والغالية والورس
والصندل والكادي والبنفسج والورد والزنبق والبان والنرجس والياسمين
والزعفران ونبات الصحرا كالشيح والقيصوم والغضا والخزامي وشقايق النعمان
والاذخر وكذا الزنجبيل والدارصيني والمصطكي والفلفل وما في معناها وساير
ازهار الوادي وعند الشافعي يجوز شم ذلك كله ولا شي عليه فيه وان صبغ ثوبه
به لا ليس بطيب والفواكه الطيبة الرايحة كالاترج والتفاح والسفرجل وغير
ذلك لا يجب شي بشمها مع الكراهة وكره ابن عمر وجابر شم ذلك اما نبات البر والفواكه
لا نعلم احدا اوجب فيه فدية وما تنبته الادميون ويتخذ منه الطيب كالريحان
الفارسي والنرجس والمرزنجوش قد بينا انه لا فدية في شمه مع الكراهة وبه قال
مالك وعن عثمان وابن عباس والحسن واسحق وورواية عن ابن حنبل انه يباح شمه ولا
فدية فيه رواه البخاري عن ابن عباس تعليقا وعن جابر وابو ثور وابن عمر والشافعي
لا يباح شمه وعليه الفدية وبه قال ابن حنبل ولم يوجبا في شم العود شيا بخلاف
البخورية ولا في شم ما الورد بخلاف الورد والشيح والقيصوم والخزام ونبت طيب
طيب الريح قال لا سيما القيصوم والشيح والغضا ولا يلبس ثوبا شمه ورس ولا زعفران
ولا طيب غيرهما وبه قال جابر وابن عمر والايمة الثلاثة قال ابو عمر لا خلاف فيه بين
العلما والحديث فيه متفق عليه وقد تقدم وفيه التنبيه بالادنى على الاعلى لان
الورس والزعفران اذا حرما فالمسك والغالية اولى بالحرم وان غسل الثوب حتى
ذهب ريح الزعفران منه فلا باس به عند جميع اهل العلم وكذا ان قطعت رايحة
الثوب المصبوغ بالطيب والزعفران والورس لطول الزمان والصبغة
بغيره حتى غلب عليه بحيث لا يفوح رايحته اذا رش عليه الما لزوال الطيب به
وقال الحسن وابن المسيب والنخعي والشافعي وابو ثور وابن حنبل ويروى عن عطا
وطاوس وكره مالك ذلك الا ان يغسل ويذهب لونه والصحيح الاول لان النهي انما
كان لرايحته وعنه لانها تفوح على الناس فيحصل بها الارتفاق وينافي الشعث
والتفث واللون المجرد لا اعتبار به وفي المغني وشرح المهذب فان فرش فوق الطيب

ثوبا مخيطا فانه يمنع الرائحة ومباشرة الطيب فلا فدية عليه بالجلوس والنوم عليه ولا
اعتبار بذاته وفي شرح المهذب للنواوي لو كان المحرم اخشم لا يجد رائحة الطيب
لزمته الفدية وفيه ايضا لو غطى راسه بازار مطيب فعليه فديتان للتطيب
وتغطية الراس وفي لبس المخيط المطيب فدية واحدة للمخيط دون الطيب
لانه تبع للثوب قال النواوي في الاول هما جنسان لا يتداخلان [في يوميه] وان لبس
ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة
وعن ابي يوسف انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة
الاول في البدايع كان ابو حنيفة يقول ان لبس اكثر اليوم فعليه دم وروى
ذلك عن ابي يوسف ثم رجع وقال لا دم عليه الا في اليوم الكامل وعن محمد في نصف اليوم
نصف قيمة شاة ومثله في الحلق وعن محمد لو لبس يوما الا ساعة ينقص تلك
النسبة من قيمة الشاة وعن محمد ايضا ان غطى الاكثر من راسه فعليه دم وتغطية
الربع رواية الاصل وفي خزانة الاكمل لبس قلنسوة او خفين يوما فعليه دم
وساعة نصف صاع واقل من ساعة قبضة بر وفي المحيط انما قدر بما دون اللبس
باليوم او الليلة لان ثياب النهار تلبس نهارا وتنزع بالليل وثياب الليل
تلبس ليلا وتنزع نهارا فكملت الجناية فيغلظ موجبها ونقص الجناية فيما دون
ذلك فخف الموجب وكذا لو زرر طيلسانه فعليه دم وفي الاقل صدقة لان التزرير
انتفاع بالمخيط وان غطى ربع راسه او ربع وجهه عامدا او ناسيا يوما او اكثر
فعليه دم وفي الاقل صدقة وعن محمد لا يجب الدم حتى يرى اكثره وفي اقله
صدقة كما لو لبس المخيط اقل من يوم وفي المرغيناني وعن محمد اذا لبس يوما الا
ساعة يجب عليه دم بمقدار ما لبس ويكره ان يعصب راسه او جسده بغير
عذر ويتصدق وان فعله يوما او اكثر في الراس خاصة لانه اقل من الربع
كالحلق وعند الايمة الثلاثة يجب به الفدية وقال بشر اذا الطخ راسه بالطين
او تدكا العمامة والبعض كالكل وفي غير الراس لا شي عليه كما لو غطاه بالردا
والكراهة للعقد كعقد الردا وقال عطا لا باس بتعصيب الراس واعتبر مالك
في لبس المخيط دفع مضرة حر او برد طال او قصر فان لم يتعمد ذلك فاليوم كقولنا
لحصول الرفق وقال مالك لو وضع يديه على راسه او ستر وجهه من حر الشمس
او من البرد فلا شي عليه قال لانه لا يدوم فعندنا قصر قوله لانه ذكر ان القصد
كان مع الستر والفدية جائزة لما وقع من الخلل والوجوب لا يتوقف على القصد
كالناسي والساهي صار كالحلق وفي المغني لا يغطي شيا من راسه والاذنان من الراس

وبه

وبه قال مالك وعندنا وعند الشافعي لا يلزمه شي بتغطية الاذنين كالرقبة ولو
ارتدا بالقميص اي لبسه لبس الردا يعني القاه على منكبيه ولم يلبسه لبس القميص
اي اتشح به اي شده على وسطه كما يجعله القصار وقت القصارة او اتزر بالسراويل
اي شدها على وسطه كفوطة الحمام فلا باس به وهذا الاخلاف فيه لانه لم يلبسه
مخيطا وكذا لو ادخل منكبيه في القبا ولم يدخل يديه في كميه ولا في احدهما وعند
زفر والايمة الثلاثة يلزمه الفدية بذلك وقد تقدم في باب الاحرام وان حلق
ربع راسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه دم وان كان اقل من الربع فعليه صدقة
وفي المبسوط ان اخذ ثلث راسه او ثلث لحيته فعليه دم قال ولم يذكر في الكتاب
الربع يعني في الكافي قال والربع كذلك كما في الحلق عند التحلل وفي شرح التكملة
ثلث راسه او ربعه كما ذكر في الجامع الصغير وهو المذكور في الكتاب وعن محمد
يجب الدم في حلق شعر راسه احتياطا لانه اقل النسبة الصحيحة وبعده لا يخفى
وفي المبسوط وحلق العضو المقصود قبل او انه يوجب الدم كالراس والابطين
والرقبة ويجب الدم بحلق احدهما او نتفه بالنورة وفي البدايع يجب في حلق
الساعد والساق والصدر صدقة حلق ما ليس بمقصود يوجب الصدقة
كالصدر والساق وفي شرح التكملة قال ابو يوسف ومحمد ان حلق عضوا كاملا
فعليه دم قال اراد به الصدر والساق والعانة لانها اعضا مقصودة بالتنور
وكذا في نتف احد الابطين الا عند زفر لانه غير متعارف وفي المنافع جعل
الساق عضوا كاملا ولم يحك خلافا وفي جوامع الفقه العضو المقصود الساق
والعضو والفخذ والراس وهذا هو الاكثر وفي المبسوط لم يذكر اذا حلق شاربه
قيل لو حلقه يلزمه الدم فانه معتاد يفعله الصوفيه وغيرهم والاصح انه لا يلزمه
الدم والسنه قصه حتى يوازي الاطار وهو الحافه واعفا اللحية اي تركها
والشارب دون الربع من اللحية فيجب به الصدقة وفي الجامع الصغير
اوجب فيه حكومة عدل وهي ان ينظر كم يكون ذلك ما يجب فيه اللحية فان
بلغ ربعها يجب قيمة شاة لانه تبع للحية وفي البدايع ذكر لفظة اخذ اشارة
الى القص وهو السنة وعن الطحاوي ان السنة فيه الحلق عن الثلاثة وزفر قال
ولم نجد عن الشافعي نصا واصحابه الذين راينا هم المزني والربيع كانا يحفيان
شواربهما فدل انهما اخذا ذلك عنه وقال الاثرم رايت احمد يحفي شاربه
شديدا وعن ابن عمر قال عليه السلام احفوا الشوارب واوفوا اللحى رواه مسلم
وكان ابن عمر يحفي شاربه حتى ينظر الى الجلد وذكر اشهب عن مالك في حلق الشارب

انه بدعة وارى ان يوجع من با فاعله والحديث صحيح وفعل ابن عمر يرد ان علاتيه والصحيح الاول وفي المحلى ان حلق بعض راسه من غير ضرورة عامدا اما لمالحرمته بطل حجه واحرامه عند الظاهريه ولو قطع من شعر راسه ما لا يسمى حلقا لبعض راسه مما لا يسمى حلقا فلا شي عليه لا اثم ولا كفارة عندهم وحلق غير الراس لا يوجب الفديه عند الظاهرية والحق الفقها بالراس الشارب واللحيه والعانة والابطين وازالة الشعث من ساير البدن اذا اماطه الاذى في الابطين والعانه اكثر فيكون من باب التنبيه بالادنى على الاعلى كقوله تعالى ولا تقل لهما اف في حرمة الضرب ويسمى هذا النوع دلالة النص وبحرى الخطاب وقدرت الشافعية والحنابله ثلاث شعرات في وجوب الفديه وقالوا معنى قوله تعالى ولا تحلقوا روسكم اي شعور روسكم فكانه قال كل واحد منكم لا يحلق شعر راسه حتى يبلغ الهدي محله والشعر جمع شعرة واقله ثلاثه وفيما دون الثلاث صدقة والجواب ان ما مر واحدة بالنا ليس بجمع على الاصح بل هو جنس فاذا اضيف عم قولك مالي صدقه او عمري صدقه فوجدت الفديه تعلق بحلق الجميع والربع منه يقوم مقام الكل لما عرف وما عدى ذلك فنا قص يجبر بالصدقه و في التحفة عند ابي يوسف ومحمد ان حلق اكثر راسه فعليه دم والا فصدقه وبه يتبين ان اشتراط حلق الربع قوله لا قول ابي يوسف ومحمد و في البدايع ان حلق ربع راسه فعليه دم عند ابي حنيفة وعندهما لا يجب الدم ما لم يحلق اكثره و ذكر القدوري انه يجب الدم عند ابي حنيفة في الربع وفي حلق الاكثر في قول ابي يوسف والعشر على قول محمد والكل على قول مالك **فرع** اصلع وشعره اقل من الربع فعليه صدقه في حلقه وان بلغ الربع فعليه دم ذكره في المحيط وفيه ان حلق الرقبه كلها او اكثر يجب به دم ولو خبز العبد المحرم فاحترق بعض شعر يده في التنور فعليه صدقة اذا اعتق لان جنايته يسيرة وان طلى من غير اذى فعليه دم اذا اعتق لان جنايته غليظة **قوله** وان حلق موضع المحاجم فعليه دم قال ابن حزم وهو قول ابراهيم النخعي وعطا وقال الحسن البصري من احتجم وهو محرم فعليه دم وقال ابو يوسف ومحمد عليه صدقه وقال من فعل شيا من ذلك فاماط به من نفسه اذى فعليه الفديه وقال الشافعي لا يحلق موضع المحاجم قال وقول مالك باطل ولو كان اماطه الاذى بحلق الراس يوجب الفديه ولابي حنيفة ان حلق ذلك مقصود الا انه لا يتوصل الى الحجامة الا به والاثم المقصود الا به فهو مقصود ولان فيه ازالة الكامل لغير الحجامة ولا اشكال فيه على

قول

قول الشافعي وابن حنبل فانهما يوجبان الدم في حلق ثلاث شعرات فكيف في حلق موضع المحاجم ولكن حلق ثلاث شعرات من الراس لا يسمى حلق الراس لا من جهة اللغه والعادة بل افرادها بالحلق من قبيل الشي المتعذر وخطاب الشرع لا يحمل على صورة نادرة فكيف يحمل على امر لا يتحقق ولان ذلك ليس بارتفاق ولا ازالة شعث فلا يوجب دما **قوله** وان حلق راس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق صدقة وعلى المحلوق راسه دم قال الشافعي لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نايما وهو قول مالك في النايم لعدم قصده ذكره في الذخيرة ثم لا يرجع المحلوق راسه على الحالق وكذا اذا كان الحالق راسه حلالا يلزمه صدقه وقال الشافعي لا شي عليه وفي الذخيره قال مالك لا يحلق شارب حلال و الاحرام وان حلق المحرم راسه افتدى وقال ابن القاسم يتصدق بشي من الطعام فان حلق موضع المحاجم وتيقن عدم قتل الدواب فلا شي عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم راس حلال وقال القاضي ابو حازم يرجع عليه بالكفارة لانه هو الذي اوقعه في عهدة الكفارة لكن نقول انما لزمه الدم بمقابلة ما ناله من الرحاه فاذا حصل له العوض لا يرجع بالمعوض كالعفو في الاستحقاق وقد عرف و في المرغيناني وكذا اذا قلم اظفار واخذ من شاربه اطعم ما شا وعن محمد لا شي في تقليم اظافره وان البس محرما او حلالا مخيطا او طيبه بطيب فلا شي عليه بالاجماع ذكره المرغيناني و في المحيط لو قص اظفار غيره فهو كالحالق عند ابي حنيفة وعند محمد لا شي عليه وقوله في الوجهين يعني اذا كان الحالق محرما او حلالا اما اذا كان محرما فلانه يتاذى بتفث غيره لكن دون التاذي بتفث نفسه واذا كان حلالا والمحلوق راسه محرم فلان ما ينمو من بدن المحرم استحق الامان بمنزلة ثياب الحرم وقد قال الله تعالى ولا تحلقوا روسكم حتى يبلغ الهدي محله والانسان لا يحلق راس نفسه وانما يحلقه غيره في العاده فاذا حرم عليه حلق راس غيره تحلق راس نفسه اولى بالتحريم فيجب عليه صدقة ولا يجب دم لعدم الارتفاق الكامل ولانه ينال راحة بحلق راس من جالسه وتخالطه كالزوجين والخادم ومن يد نوم معه في الخدمة بخلاف البهيمة ثم اختلفوا اهل القدس للحلق او لقتل الهوام وان التتا و في البدايع حلق راس محرم او حلال او قلم اظفاره وهو محرم عليه صدقة وسوا كان بامره او بغير امره طايعا كان المحلوق راسه او مكرها ومذهبنا ان في الحلق واللبس والتطيب والتقليم وقتل الصيد يستوي فيه العامد والمخطي والناسي والجاهل بالتحريم والعالم والمختار والمكره وبه قال عطا والحسن والثوري ومالك

والاصح عند ابن حنبل وهو قول المزني وخالف الشافعي في ذلك قال محب الدين
الطبري وهو قول اكثر اهل العلم وقال الشافعي ان لبس او تطيب ناسيا او جاهلا
بالتحريم فالمنصوص انه يلزمه الفدية وكذا في قتل الصيد وان وطئ ناسيا او
جاهلا لا يفسد حجه فلا فدية عليه عند الشافعي وعند الائمة الثلاثة يفسد
حجه وتلزمه الفدية وان احرم وجن بعده ثم قتل صيدا لا يجب عليه شي في احد
قوليه لانه عبادة بخلاف الاتلافات والفقه في المسئلة ان حال المحرم مخالفة لحال
الحلال فلا فرق في الحرام المعنى بين العمد والنسيان والدليل عليه انه لو
لبس او تطيب ناسيا وبقي عليه يجب الفدية ولو لم يكن ذلك موجبا للفدية
لما وجب عليه بالبقا كما لو تطيب قبل احرامه وبقي عليه ووجه اخر اكثر
ما في النسيان انه عذر وما اوجب الكفارة بغير عذر اوجبها العذر كعذر
الحر والبرد والمرض وكثرة القمل في الحلق وتحقق هذا ان فات الوقوف
بعرفة يستوي فيه العمد والنسيان ولزمه الدم في الوجهين فكذا هذا
احتج بقوله عليه السلام رفع عن امتي العمد والنسيان وما استكرهوا عليه
والجواب عنه من وجهين احدهما ان المراد به رفع الاثم والثاني نخص موضع
الخلاف كما خص هو موضع الخلاف قتل الصيد والحلق والتقليم والجماع
وتعلقه بحديث يعلى بن امية حيث امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بنزع
الجبة عن الرجل ولم يامره بالفدية لجهله فالجواب عنه انه كان عالما
باحكام الحج فاحاله عليه ولم يذكر له الفدية لشهرة ذلك عندهم في الحج
ولهذا قال كنت انزع الجبة واغسل الخلوق ولا يلزم من عدم ذكرها
فيه عدم الوجوب الا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يوجب القضا على
المجامع في نهار رمضان وهو واجب عليه ويحتمل ان يكون كالبسها
عنده كذا فامره صلى الله عليه وسلم بنزعها من غير طول ويحتمل ان ذلك
كان قبل تحريمه لانه عليه السلام وقف ينتظر القضا ومن لبس قبل
التحريم ثم احرم وهو عليه لا يجب الفدية به ولان الرجل في حديث يعلى كان
عامدا ظانا ان حكم العمرة اخف من حكم الحج لانها غير واجبة او واجبة
دون الحج في المحظورات لانها الحجة الصغرى فبين له عليه السلام انهما
سوا في المحظور وخفف عنه في الكفارة لان ذلك كان في ابتدا الشرع يعذر
حتى استقر الشرع فلا يعذر الان احد في دار الاسلام كما في غيره من الاحكام
فان قيل المريض اقل معذرة من الناسي فان اكل المريض يفسد صومه واكل الناسي

لا يفسده قيل له اباح الشارع الاكل للمريض ونقل صومه الى ادراك العدة
وقال للناسي تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك والفرق بينهما من وجهين
احدهما ان المرض في الغالب يطول فيحتاج الى التداوي والاكل والشرب
فيجعله صائما جميع الشهر مع هذه الاشيا المنافية للصوم بعد عظيم بخلاف
الناسي والوجه الثاني ان الصايم ليس له هيئة مذكرة لصومه بعذر بخلاف
المحرم فان حاله مذكرة وهي كونه مكشوف الراس لابسا الاحرام على خلاف عادته
وملبيا ووجه اخر ان النسيان نادر وما ياكله الناسي يسير فعذر بخلاف المريض
فانه يحتاج الى انواع الادوية والاغذية والاشربة الصالحة لمرضه وعمدتهم
انهم يقولون ان الحلق والتقليم وقتل الصيد من قبيل الاتلاف والاتلاف لا يختلف
حكمه في العمد والنسيان وهو الذي يقولون عليه قلت العلة الصحيحة
فيه ان الحلق والتقليم والطيب استمتاع وترفه قبل اوانه في حال تحرم
الارتفاق وازالة الشعث فوجبت الفدية فيها لذلك لا لاجل الاتلاف
وهذا المعنى هو الذي يعم والذي يحقق هذا ان الشعر والظفر لا قيمة لهما
حتى تجب قيمتهما بالاتلاف فلم يبق الا الارتفاق بازالة الشعث في غير اوان
ازالته قوله وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم فان قص كلها
فعليه دم حاصل واحد اذا حصل في مجلس واحد ان الجناية من نوع واحد
وكذا في مجالس عند محمد وعندهما اربعة دما كما اذا تخللت الكفارة وكذا الحكم
في الجماع لامرأة واحدة او نسوة الزمهما محمد بحلق ربع الراس في كل مجلس حيث
يجب دم واحد وبكفارة الفطر والزماه بقلم يده في مجلس واحد وحلق راسه
في مجلس ولبس المخيط يوما وتطيب عضوه في مجلس اخر فانه يجب بكل جناية
كفارة على حدة وان كفر عن الاولى ونسي السجدة اذا كررها في المجالس وفي
المحيط قص احدى يديه ثم قص الاخرى في مجلس واحد وحلق راسه ولحيته
وابطيه او جامع مرارا قبل الوقوف في مجلس واحد فعليه دم واحد وان
اختلفت في المجالس فعليه لكل واحدة منهما دم عندهما لان الغالب فيه
معنى العبادة بخلاف كفارة الفطر فلابد من اتحاد المجلس وعند محمد عليه دم
واحد ما لم يكفر عن الاولى قياسا وكذا في البدايع وقولهما استحسان وفي قص
جميع الاظفار دم عندنا وبه قال مالك وحماد والشافعي وابن حنبل وقال عطا
لا شي عليه لانه فطرة كالختان وفي البيهقي لبس قميصا يوما او اكثر بدم ثم تركه
يوما او اكثر عليه دم اخر لان بالتكفير سقط حكم اللبس الاول والدوام عليه

جناية مبتداة ولو احرم وهو لابس وتركه يومًا او اكثر فعليه دم كما لو لبسه
ابتدا وان لبس الثياب كلها والخفين فعليه دم واحد لان الجنايات اذا اجتمعت
من جنس واحد يكتفى بجابر واحد ولو لبس قميصًا بعض يومه ثم لبس سراويل
ثم خفين وقلنسوة فعليه كفارة واحدة وان قص يدًا او رجلا فعليه دم
لان الربع كالكل كما في الحلق وفي اقل من خمسة اظافير عليه صدقة اي لكل ظفر
وعند زفر يجب الدم في ثلث منها وهو قول ابي حنيفة الاول لان الثلث اكثر اليد
وفي الذخيرة قول مالك في ظفرين فدية و قال ابن القاسم في الواحد وفي الموازنة
و لا شي في الواحد الا ان يميط به اذى وقال يطعم مسكينا والشافعي اوجب الفدية
في الثلاثة وفيما دونها مد الكف ظفر وليس لهذه الاقوال اصل يرجع اليه
وقال الشافعي ان لبس ثم لبس او تطيب ثم تطيب او استمتع ثم استمتع في المجلس يكفيه
فدية وفي مجالس ان كفر عن الاول لزمته اخرى والا ففي القديم واحدة وفي
الجديد يتجدد وان حلق او قلم في مجلس فواحدة وان تفرق اختلفوا فيه
وجواب زفر ان اليد الواحدة اقيمت مقام الاطراف في وجوب الدم وما اقيم
مقام غيره لا يقام اكثره مقامه كالراس لما اقيم ربعه مقام كله ولا يقام اكثر
الربع مقام الربع ولانه يتسلسل فيقام اكثر الاكثر مقام الاكثر ثم وثم فيؤدي
الى ابطال التقدير وان قلم خمس اصابع من الاطراف الاربعة فعليه صدقة
لكل اصبع نصف صاع من بر وعند محمد يجب بها دم وان قلم من كل عضو من
الاربعة اربع اصابع يجب صدقة وجملتها ست عشر لكل اصبع نصف صاع
الا ان يبلغ دما فينقص منه ما شا وعند محمد عليه دم وكذا لو قص من كل طرف
ثلاث اصابع او اصبعين تجب صدقة عندهما وعند محمد يجب دم ومحمد اعتبر
العدد لا غير كحلق الربع المتفرق من الراس وهما اعتبرا مع العدد صفة
الاجتماع وهي ان يكون من طرف واحد اذا التفريق تشين وبيادي به وفي
انكسار حلق الراس معتاد وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه لا شي عليه
لان ذلك لا ينمو بعد انكساره كاليابس من شجر الحرم قال ابن المنذر في الاشراف
اجمع اهل العلم ان يزيل عن نفسه ما كان منكسرا منه كابن عباس وابن المسيب
وابن جبير ومجاهد وابراهيم والثوري ومالك والحميدي والشافعي واحمد
واسحق وابي ثور كقول اصحابنا وقال الجوهري قلم الظفر وتقليم الظفر للتكثير
قوله وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شا ذبح شاة وان شا تصدق
على ستة مساكين بثلاثة اصوع من الطعام وهو اكثر وان شا صام ثلاثة ايام لقوله
تعالى

٩

تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه ففدية من صيام او صدقة او نسك
واو للتخيير هنا وقال ابن عباس المريض الذي براسه قروح والاذى القمل وقوله
ففدية اي فحلق فعليه فدية بنقل الفا من الخبر الى المبتدا ونظير هذا الخلاف
قوله تعالى اضرب بعصاك الحجر فانفجرت فانبجست وكقوله تعالى ان القي عصاك
فاذا هي ثعبان مبين فاذا هي حية تسعى وعن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن كعب بن عجرة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر به زمن الحديبية فقال قد اذاك هوام
راسك قال نعم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احلق ثم اذبح شاة نسكا او
صم ثلاثة ايام او اطعم ثلاثة اصوع من تمر على ستة مساكين رواه البخاري ومسلم
وابو داود والنسائي والترمذي وعنه قال حملت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
والقمل يتناثر على وجهي وبروى يتناثر اي يتساقط فقال عليه الصلاة
والسلام ما كنت ارى الجهد بلغ منك هذا افتجد شاة قلت لا فقال صم ثلاثة ايام
او اطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من طعام او احلق راسك قال قال
كعب فنزلت هذه الاية في خاصة ولكم عامة رواه البخاري عن ادم ومسلم عن شعبة
وعن عبد الله بن معقل عن كعب بن عجرة فذكر نصف صاع حنطة والطعام هو الحنطة
بلغة اهل المدينة وورد صاع من تمر لكل مسكين ذكره في المحلى الا ان نصف
صاع اصح لكن من اراد اولى وبنصف صاع من بر وبعلامة البخاري ومسلم قال
الاصل له وعن ابن حنبل مد من البر او نصف صاع من غيره ولا مستند له وذكر
الشيخ ابو بكر الرازي عن الحسن البصري وعكرمة انه يصوم عشرة ايام كالمتمتع
قال بلا خلاف ان عدد المساكين ستة قلت قد روى ابن حزم عن عكرمة ونافع
والحسن البصري ان الفدية شاة او صيام عشرة ايام او صدقة على عشرة مساكين
قال وصح ذلك عنهم قال ابن حزم المنذري عن كعب انه ذبح بقرة في نسكه من طرق
ضعيفة وعند داود الظاهري لا تجزيه في الصدقة الا نصف صاع ولا اختيار
عند عدم العذر وقال ابن المنذر والبغوي عن مالك انه مخير ايضا كالمعذور
واصحابنا نقلوا ذلك عن الشافعي ومذهبه التخيير في الكل ونقل المنذري تحتم
الدم عند عدم العذر في شرح سنن ابي داود وقاس الشافعي على المعذور وليس
مثله ان التخفيف بالتخيير للعذر ولا عذر للعامد بغير سبب من جهة صاحب الحق
مع انا نمنع القياس في الكفارة **فرع** لبس مخيطا ثم نزعه بالليل ولم يعزم على
تركه ثم لبسه عليه دم واحد وان لبس بعذر كالبرد والمرض فعليه كفارة الضرورة
كحلق العذر في القميصين لعذر الكفارة وكذا لو اضطر الى تغطية راسه فلبس

قلنسوة ولف عمامته يلزمه كفارة واحدة وان وضع على راسه قميصًا وقلنسوة يلزمه
للضرورة فدية وللقميص دم اذ لا حاجة الى القميص للراس لبس قميصا وخفين احدهما
للضرورة عليه فدية ودم لاختلاف سبب الكفارة وان لم يختلف السبب يكفيه كفارة
لبس قميصًا للضرورة بعض اليوم ثم لبس قميصًا اخر وقلنسوة لغير ضرورة حتى مضى اليوم
ففي لبس القميص للضرورة اقل من يوم صدقة وفي القلنسوة كفارة غير كفارة الضرورة
لبس لضرورة بعض يوم فتركه عليه حتى مضى اليوم فما دام في شك من الضرورة فهو
ضرورة كاملة فاذا تيقن زوالها فعليه كفارتان لاختلاف جهتهما مريض يحتاج الى اللبس
بالليل للبرد ويستغني عنه بالنهار فنزعه بالنهار عليه فدية كالمجروح يداويه
الطبيب مرة بعد مرة ولو احتاج الى اللبس بالليل ويستغني عنه بالنهار والعلة
لازمة فلبس الثياب ليلا ونهارا فعليه كفارة واحدة للضرورة اذ الجهة متحدة
والتلبس من جنس واحد ولو كان به حمى غب فلبسه يومًا ويومًا لا فعليه كفارة واحدة
ما لم يبرا منها وياتيه غيرها وهو الربع او غيرهما وكذا لو لبس السلاح لعدو فقاتل
بالنهار وينزع السلاح بالليل فهذا لبس واحد ما لم يذهب العدو الاول ويجي
غيره ذكر هذه الفروع كلها في المحيط وبعضها ذكره في الكرماني معه ايضا وقال
الكرماني لو جمع المحرم بين اللباس كله القميص والخفين والعمامة والسراويل
وغير ذلك في يوم واكثر فعليه دم واحد و في البدايع لو جمع المحرم اللباس كله
فعليه دم واحد فان لبس يوم او اكثر حتى وجب عليه دم فاراقه ثم لبسه بعد
ذلك فعليه كفارة اخرى ولو تطيب او داوى جرحًا لعلة ثم حدث جرح اخر
قبل ان يبرا الاول فعليه كفارة واحدة لبقا الاولى وان حدث بعد زوال
الاولى فعليه كفارتان وعند محمد يكتفي بواحدة ما لم يكفر عن الاولى ثم الصوم
والصدقة يجزيه في اي مكان شا عندنا وفقرا مكة افضل والنسك يختص بالحرم
لا العبادة فيه الاراقة ولا تنقل قربة الا في زمان او مكان ولا اختصاص بزمان
فاختص بمكان ولان النسك في العرف يختص بالحرم كساير مناسك الحج وقال عطا
والنخعي الطعام والصيام حيث شا والهدي بمكة ولا خلاف لاحد في الصيام
وقال مالك اذا ذبحها في الحرم وفرق لحمها في الحل جاز لقولنا و قال الشافعي
وابن حنبل النسك والصدقة تختص بالحرم وظاهر قول ابن حنبل في فدية الحلق
من النسك والصدقة حيث حلق والذبح يختص بالحرم عند احمد وقال الحسن
البصري كل دم واجب فليس له ان يذبحه الا بمكة وعند الظاهرية يجوز الثلثة
اي مكان شا ومثله عن مجاهد فان هلك المذبوح او سرق سقط لتعينه كالزكوة

وفيه

وفيه خلاف الشافعي وان اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية وعند محمد
لا يجزيه الاباحة كالزكاة والعشر وصدقة الفطر بل يشترط فيه التمليك قال لان
الصدقة تبتنى على التمليك لقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وهي المذكورة ثلث
المذكور في الحديث الثابت او اطعم ستة مساكين وهو تفسير الصدقة المذكورة
في القران والاطعام الاباحة بالاتفاق ويجزيه ايضا غداان وعشاان ويجوز ذكره
في الزيادات وغيره وعن ابي يوسف من قال بينما يغديه ويعشيه ويكسوه يجوز له جعل
ذلك من زكاته والصحيح ظاهر الرواية

فصل قوله

وان نظر الى فرج امراة بشهوة فامنى فلا شي عليه كالمتفكر اذا امنى لعدم الصنع منه
في المحل وهو اجماع وكذا ان طال النظر او تكرر منه وعن عطا اذا اطال النظر فامنى
يفسد حجه رواه عنه ابو ذر وعن الحسن البصري اذا تابع النظر فامنى فعليه دم وان
دفق فعليه بدنه والحج من قابل وهو قول مالك وعليه القضا والهدي عنده وعن
ابن عباس فيه اراقة دم او قدم ثم حجك رواه سعيد بن منصور وهو قول الثوري وليس
العمل على شي من ذلك عندنا وبه قالت الشافعية و قال سعيد بن جبير وابن حنبل واسحق
يجب شاه و في المغني ان نظر فصرف بصره فامنى فعليه شاة عند احمد وان كرره فعليه
بدنه وحجة تامة عند الايمة الثلاثة وهو مروي عن ابن عباس فان قبل او لمس بشهوة
فعليه دم و في الجامع يقول فامنى و في المبسوط والمحيط والاسبيجابي الجماع فيما دون
الفرج لا يفسد وكذا اللمس والقبلة ويجب بها الدم انزل او لم ينزل قالوا هكذا ذكر في
الاصل وفي الجامع الصغير لقاضيخان الصحيح ما ذكر في الجامع الصغير لكونه جماعا
من وجه حتى يجب الدم والصوم يفسد بالقبلة واللمس اذا انزل لقضا الشهوة فينتفي
به ركن الصوم بخلاف الحج والعمرة وعن عطا ان لمس او قبل بشهوة فعليه دم قال سعيد
بن جبير رحمه الله امذى او لم يمذ ليس عليه شي خرجه سعيد بن منصور وقال الاوزاعي
الانزال فيما دون الفرج يفسد الحج وقال عبد الله بن الحسن اذا لمس فانزل بطل حجه
وقال الطرطوشي عن مالك لو وطي فيما دون الفرج فانزل او قبل فانزل او لمس بيده فانزل
او باشر فانزل او حركته دابته فاستدام فانزل او استدام النظر للذة فانزل فسد حجه
وان تفكر فاستدام فعلى قولين و في شرح المهذب للنواوي تحرم المس بشهوة والقبلة
والمباشرة فيما دون الفرج بشهوة ولا يفسد بذلك الحج انزل او لم ينزل ولا يجب به بدنه
بل يجب فدية كالحلق واما اللمس والقبلة بغير شهوة فلا يحرم ولا شي عليه بلا خلاف
وغلطوا امام الحرمين والغزالي فيه حيث اعتبراه بنقض الوضو في الحرمة وقوله في
الكتاب وعن الشافعي انما يفسد احرامه في جميع ذلك اذا انزل لا اصل له ولا يفسد

احرامه في شي مما تقدم و في منية المفتي لاصحابنا لمس امراة بشهوة قبل الوقوف فامنى
فسد حجه وكذا ان لم يمن في رواية وهو شاذ ضعيف وفي المنافع يعني بالفساد
النقصان الفاحش لا البطلان وقال ابن المنذر اجمع اهل العلم ان الحج لا يفسد الا
بالجماع قلت وقالت الظاهرية كل ما لا يحل فعله للمحرم اذا فعله عمدا من غير عذر
عالما بحرمته يبطل حجه وياتي الكلام في ابطاله وقال ابن حنبل ان جامع فيما دون الفرج
فانزل فسد حجه كما قال مالك والاوزاعي وعليه بدنة عنده وان لم ينزل فشاة وحجه
تام وان قبل فانزل فعليه بدنة وان لم ينزل فشاة وفي رواية عنه يفسد به حجه
قوله وان جامع في احدى السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه
شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده ويفسد بالتقاء الختانين وتغييب الحشفة
وان لم ينزل وهذا اجماع ويلزمه بدنة عند الثلاثة وعند داود هو مخير بين بدنة
وبقرة وشاة وفي الوطي في الدبر روايتان عن ابي حنيفة وعندهما يفسد كما في الصوم
ويجب به الكفارة وقال الشافعي الوطي في الدبر واللواطة واتيان البهيمة يفسد
الحج والعمرة على المذهب وقيل لا يفسد الحج بشي من ذلك وحكى ابو الطيب في المجرد
وغيره قولا انه يجب شاة وقيل يفسد الحج والعمرة بالوطي في الدبر ويجب به
بدنة وفي البهيمة اختلاف وعندنا في البهيمة الشاة ان انزل وكذا بالكف
كالوطي فيما دون الفرج ولو لف ذكره بخرقة واولجه في قبل المراة فيه ثلاثة
اوجه اصحها الفساد به والثاني لا والثالث ان وجد حرارة الفرج واللذة
يفسد والا لا وهو مذهبنا ولو استدخلت المراة ذكر حمار فهو كالوطي وكذا
الذكر المقطوع ذكر ذلك كله النواوي و في الذخيرة عند مالك يستوي في الجماع
الفرج والمحل المكروه من الرجال والنساء انزل ام لا و في الاشراف قال الحسن
في رجل ضرب بيده فرج جاريته عليه بدنة وقال ابن جبير فيما دون الفرج بقرة
وحسنه ابن المنذر بغير دليل واوجب عطا وابن المسيب وابن سيرين والزهري
وقتادة ومالك والثوري والشافعي واحمد واسحق وابو ثور في القبلة دما
كقول اصحابنا وهو محكي عن ابن عباس وعن عطا يفسد بها حجه ويستغفر الله
تعالى وعن سعيد بن جبير اربع روايات الاولى شاة والثانية بقرة والثالثة
يفسد حجه بها والرابعة لا شي عليه ويستغفر الله وقد ذكرنا قبل هذا ان
القبلة مع الانزال يفسد الحج عند مالك والدليل على ان الجماع يفسد الحج في الجملة
قوله تعالى فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق الاية قال صاحب المنافع
الرفث جمع حاجات الرجال الى النسا قال واجمع اهل العلم على ان المحرم لا يجوز

ه

له ان يقبل امراته ولا يمسها بشهوة ويوجبون على من فعل ذلك دما و في الاشراف
كان ابن عمر وابن عباس وعطا ابن ابي رباح وعطا بن يسار ومجاهد والبصري
والنخعي والزهري وقتادة يقولون ان الرفث الجماع ومثله عن ابي عبيد
وجماعة ويدل عليه قوله تعالى احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم وعن ابن
عباس هو غشيان النسا والقبلة والغمز وان يعرض لها بالفحش من الكلام قال
ابو بكر بن المنذر اعلى ما روي فيمن وطي في حجه حديث ابن عباس انه قال عليهما
الحج من قابل وهو مروي عن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والنخعي والثوري
وعطا واسحق والشافعي وابو ثور وابن حنبل غير ان بعضهم ذكر انهما يفترقا ن
في القضا ومنهم من مذهبه على العكس وقال الحسن البصري في اخر قوليه
يصير حجه عمرة وعليه الحج من قابل والهدي ومثله عن مجاهد وطاوس قالوا
لا ينبغي له ان يقيم على حج فاسد بل يجعله عمرة فاذا حج من قابل فعليه الهدي
او الصيام ان لم يجده وعن يزيد بن نعيم الاسلمي التابعي ان رجلا جامع امراته
وهما محرمان فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما اقضيا نسككما
واهديا هديا ثم ارجعا حتى اذا جئتما المكان الذي اصبتما فيه ما اصبتما
افترقا ولا يرى منكما صاحبه وعليكما حجة اخرى فاحرما من ذلك المكان واتما
نسككما واهديا رواه البيهقي وقال انه منقطع وعن مالك انه بلغه ان عمر
وعليا وابا هريرة افتوا بذلك وبالتفرق وبالبلاغات ليست بحجة وهو ايضا
منقطع قال ابن حزم هو عن مجاهد عن عمر ولم يدركه ومن الحكم عن علي ولم يدركه
ومثله عن عطا عن عمر رواه البيهقي وهو ايضا منقطع لان عطا ولد في خلافة
عثمان و في المبسوط عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سيل عمن واقع امراته وهما
محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل ومثله
عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ثم الفرق بين الوطي قبل الوقوف وبينه
بعد الوقوف قبل الحلق او قبل الرمي جمرة العقبة على قول الايمة ان الواجب
في الجميع عندهم بدنة ويفسد حجه وعندنا قبل الوقوف يفسد به ويجب شاة
وبعده لا يفسد به ويجب بدنة هكذا في المحيط و في المبسوط ويخرج جزورا
وفي الاسبيجابي جزورا وبقرة وياتي بعد هذا عن قريب وهو قول ابن عباس وابن جبير
والثوري في رواية عن مالك ذكرها الطرطوسي استدل اصحابنا على ذلك بحديث
عروة بن مضرس الذي تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم من شهد صلاتنا هذه
ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا او نهارا فقد تم حجه

وقضى نفثه وهو دليل على ان حجه تام بعد الوقوف بعرفه قبل ذلك رمي جمرة
العقبه وحكمه عليه السلام بعد الوقوف بعرفه منع الفوات فكذا الفساد
لان هذا هو حكم الشيء اذا تم وقد استدلت الطوايف الثلاث بذلك في الرد على
ابن عمر والنخعي والزهري في قولهم ان الحج يبطل بالوطي بعد رمي جمرة العقبه
مع ان الحديث كان بالمشعر الحرام قبل رمي جمرة العقبه لا يفسد حجه وعليه
شاه فثبت ان الوطي قبل رمي جمرة العقبة ولا اعتبار في ذلك برمي جمرة العقبه
حتى لو وطي بعد ما طاف للزيارة قبل رمي جمرة العقبه لا يفسد حجه وعليه
شاه فثبت ان الوطي قبل رمي جمرة العقبه لا يفسده وقال ابن حنبل هذا
مثل قوله صلى الله عليه وسلم من ادرك من الصلاه ركعة فقد ادرك فضلها
والله اعلم قلت ليس ذلك بنظير ما نحن فيه من وجوه الاول انه لم يقل من ادرك
ركعة من الصلاه فقد تمت صلاته وهنا قال فقد تم حجه فلا يجوز القياس على ذلك
والثاني ان حمله هنا على ادراك الفضل لا يمكن لانه قد بقي عليه فرض وواجبات
وفي الصلاة بادراك الركعة يدرك فضل الادا ويكون الباقي قضا والثالث
ان عندنا محمول على من صار اهلا للوجوب فقد وجبت تلك الصلاة بادراك
الركعة مثل ان يبلغ الصبي او يفيق المجنون او يسلم الكافر او تطهر
الحايض والنفسا هكذا ذكره السرخسي في المبسوط وحملوا الحديث
على امن الفوات قلنا يفسده بذلك واجزا به عدم الفساد منه بغير دليل
وتعلقوا باثر ابن عباس وابن عمر المتقدم وقد بينا انه منقطع وهو ليس
بحجة عندهم ثم ان قول الصاحب ليس بحجة عند الشافعي اذا صح فكيف يتمسك به
عند عدم صحته مع ان ذلك محمول على ما قبل الوقوف بدليل ان ابن عباس افتى به
بالبدنه وان حجه تام فلم يكن فساد الحج بعد الوقوف مذهبا له ذكره في المغني
وفي المحلى لابن حزم قال ابن عباس لا يبطل الحج بالوطي بعد الوقوف وانما وجبت البدنه
عند عدم الفساد والشاه عند الفساد لانه اذا فسد وجب عليه الحج من قابل
كاملا فلا احتاج الى جابر وانما وجبت الشاه لفرض صحة الاحرام وافساده
كالمحصر وبل اولى لان فيه رفض صحة الاحرام وفي المحصر رفض نفس الاحرام ولان
بوجوب القضا تخف الجنايه فتكفي الشاه و في المحيط الاحرام شرع لازما وقد
ادى الافعال مع وصف الفساد والمستحق عليه ادا الافعال بوصف الصحة
والكامل والناقص لا ينوب عن الكامل وقال ابن حزم اوجب ابو حنيفة شاه ثم
عند فساد الحج وبدنه عند صحته وهو عجب قلت هو ظاهر وليس خطا من النظر

وفهم

وفهم المعاني وقد ذكرنا وجه ذلك والفرق فيما تقدم قالوا الحرام قبل رمي
جمرة العقبه كاملا لانه قبل التحللين فيكون وطيه قد وقع في احرام كامل
بعد الوقوف لانه قد مضى معظمه وانما بقي للتحلل شي يسير وهو الحلق عندنا
ورمي جمرة العقبه عندهم وهو ليس بركن ولا شرط و قال الشيخ ابو الحسن
القدوري لا نسلم ان الاحرام يبقى كاملا بعد الوقوف بعرفه وانما كماله
بانضمام الوقوف بعرفه اليه كالمبيع قبل قبض المبيع وفي فساد حجه
بالوطي بعد التحلل الاول طرقان للشافعيه اصحها لا يفسده قاله
الدارمي والرافعي هو الجديد والقديم يفسد ما بقي دون ما مضى في فساده
بل يخرج الى الحل ويحرم بالعمرة ويأتي بافعال العمرة وهو مذهب مالك وابن
حنبل وبه قال عكرمة وربيعه وعند الجمهور كابن عباس وعطا والشعبي
والشافعي في الجديد وهو قول اصحابنا لا يفسد احرامه قالوا ان قلنا صادف
احراما فابطله قلنا هذا باطل اذ لو بطل احرامه لبطل حجه كله اذ العبادة
الواحده لا يوصف بعضها بالصحة وبعضها بالبطلان كالصلاة والصوم
ثم المنصوص عند احمد انه يعتمر والزمه بجميع افعال العمرة كما ذكر مبقى
عليه طواف الزيارة وكان في ذمته وان صرف طوافه الى طواف الزيارة بقيت
العمره بلا طواف مع ان عنده يشترط بغير النية في طواف الزيارة فلا يقع عنه
بدون النيه ولان فيه ايجاب العمرة عليه بغير شرع و في شرح المهذب
واذا قلنا بالمذهب انه لا يفسد يجب به شاة واشار المحاملي في التجريد
الى ترجيحه وهو الحق والثاني يلزمه بدنه وصححه البغوي قلت تصحيحه
باطل لان الاحرام لم يبق الا في حق النسا فكيف يسوي بين زوال الاحرام او بقايه
وحكى الرافعي وجها انه لا شي عليه وشنع ابن حزم على مالك في قوله ان وطي قبل
يوم النحر قبل رمي جمرة العقبة يبطل حجه وعليه هدي وحج من قابل وان وطي
بعد الرمي فحجه تام وعليه عمرة وهدي بدنه فان لم يجد فبقرة فان لم يجد
فشاه فان لم يجد صام صيام التمتع قال فكان ايجاب العمرة عجبا لا يدري معناه
وكذا تقسيمه الهدي وتقسيمه وقت الوطي ولا يعرف احد من الصحابه قال
وقال الشافعي ان وطي قبل الرمي فسد حجه وعليه بدنه فان لم يجد فبقرة فان لم
يجد فشاه فان لم يجد قومت البدنه عليه دراهم ثم قومت الدراهم طعاما
فاطعم كل مسكين مدا فان لم يجد صام عن كل مد يوما وبعد جمرة العقبه لا يفسد
حجه وعليه بدنه فكان هذا قولا لا يؤيده قرآن ولا سنة ولا قول صاحب

ولا يوخذ عن الصحابة وقال ابن حزم كل من تعمد معصية اي معصية كانت وهو
ذاكر لحجه منذ يحرم الى ان يتم طواف الافاضة فقد بطل حجه ثم قال ومن حج
بمال حرام ثم انفقه على نفسه في الحج ولم يتول حمله بنفسه فحجه تام ثم قال
فان كان عاصيا في ذلك فلم يباشر المعصية في احرامه قلت انظر الى هذا
التخليط قد ابطل حجه بالمعصية ثم قال يصح حجه وان كان عاصيا لانه لم
يباشر المعصية هذا من اغرب ما يسمع ان يكون الانسان عاصيا لم يباشر
المعصية فكيف يتصور هذا ممن له عقل ولم يات بهذا الفرق كتاب ولا
سنة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ولا فاسد وان كان القياس عنده غير حجة
قال ابن عبد الحق فانقول فيمن نوى الكفر او نطق بلسانه فان القول
غير الفعل عنده او قذف محصنة وغير ذلك من الاقوال ولا يوثر عنده
الا الفعل على ما هو معروف من مذهبه معلوم عند من طالع كتابه ويقول
من جادل جماله بغير حق او سمها ابطل حجه ومن ياكل الحرام والمغصوب
طول احرامه فحجه تام لا ينقص فيه اليسر اكله المغصوب مباشرة الحرام ولم
يسبقه احد قبله بهذا القول وهذا يشبه كلام الممرورين وقد قال الله
سبحانه وتعالى يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله
منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم الاية ولو بطل احرامه وحجه بالمعصية
لما وجب عليه الجزاء المذكور في الاية وقال ان وطي في احرامه عامدا ابطل
حجه واحرامه ولا يتمادى على فساده ولا شي عليه وان لم يكن متعمدا
فحجته وعمرته صحيحتان ولا شي عليه وهذا خرق الاجماع ولم يقل احد قبله
ان حجه يبطل بالاجماع ولا يجب عليه شي ولا انه يصح بالاجماع ولا يجب عليه
فديه **قوله** وليس عليه ان يفارق امراته في قضا ما افسده عندنا وهو
قول عطا وابي ثور وقال زفر ومالك يفترقان اذا احرما للقضا وما ذكر
في الكتاب عن مالك لا اصل له ومثله في المبسوط وغيره من كتب الاصحاب ومذهبه
مع زفر وعند الشافعي وابن حنبل من موضع الوطي وذكر ابن المنذر قول ابن حنبل
مع زفر ومالك وقال سعيد بن المسيب اذا اتيا المكان الذي احرما منه يفترقا
وقال الثوري واسحق يفترقان من المكان الذي اصابها فيه كقول الشافعي
يجتمعان حتى يقضيا وقال زفر لا يجتمعان في بيت ذكره في الايجاز وذكر في
المبسوط عن الشافعي يفترقا اذا قربا من المكان الذي واقعها فيه وفي المحيط
والمبسوط والاسبيجابي يستحب الافتراق عند خوف المعاوده قال والافتراق

مستحب وهو قول الشافعي خلافا للحنابلة قال ولو كان واجبا لوجب بتركه دم كسائر
واجبات الحج وقال النواوي يستحب من وقت الاحرام وكذا من مكان الجماع في
الجديد وفي القديم يجب وعن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وانهم قالوا
فيمن جامع امراته بطل حجه فقال السايل فما اصنع قالوا اخرج مع الناس
واصنع ما يصنعون وحج من قابل وهذا رواه البيهقي باسناد صحيح ولم
يامروا بالتفرق وهذا كان قبل الوقوف فانه قد صح عن ابن عباس
رضي الله عنهما ايجاب البدنة بعد الوجوب وان حجه تام ذكره ابن حزم
وغيره ولان الافتراق لا يشرع نسكا حتى لا يلزمه بالنذر ولا في الاحرام
الاول وان في الاجتماع ان كان احتمال الوقوع في الوقاع ففي الافتراق
احتمال الوقوع في الزنا اذ المراة لحم على وضم فاذا تعذر الاحتراز منهما
فاهونهما اولى وهو الوقوع في الزنا واستحسنا بهما كاستصحاب المخيط
والطيب وقالوا انما امر بالتفرق اذا وصلا الى مكان الوقوع في الوقاع
لانهما يذكران ذلك فربما واقعا في المعاوده قلنا هذا ليس بشي اذ الامر
فيه على العكس فانهما اذا بلغا ذلك المكان تاملا ما لزمهما من المشاق
الشديدة بسبب لذة يسيرة لا تفوته بل يبتدركها في باقي الحال فازدادا
ندما وحذرا لاشيما من قدم من افريقية او من اقصى بلاد الغرب او من اقصى
الشرق وما روي من ذلك ان ثبت فهو على وجه الاستحباب لمن خاف على نفسه
الوقوع في ذلك كما يندب الشاب الى الكف عن التقبيل واللمس بشهوة
في الصوم وذكر ابن سماعة عن محمد اذا طاف جنبا ثم واقعها قبل اعادته
فالقياس ان لا شي عليه لان طوافه معتد به كما لو طاف محدثا فالحصول التحلل
به في الاسبيجابي عليه دم فيحتاج الى الفرق بينه وبينما اذا طاف لها اربعة
اشواط بعد الحلق ثم جامع حيث لا شي عليه والفرق ان طواف الجنب غير معتد
به على الاطلاق وما يقوم الدم مقامه كطواف المحدث ويحرم في القضا
من ابي ميقات شا ولا يتعين عليه ولا عليها ميقات الادا وبه قال مالك وعن ابن
عباس وابن المسيب والشافعي وابن حنبل واسحق وابن المنذر يلزمه في القضا
من موضع احرام الادا قبل الميقات فيحرم من الميقات لنا ان عايشة
رضي الله عنها امرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتمر بعد ما امرها
ان تحرم من التنعيم بالعمرة رواه البخاري ومسلم ولانه لو كان من شرائط في الادا
لا يتعين ذلك في القضا وان كان الاحرام في اول الوقت افضل اذا كان من الميقات

ولو نذر ان يحرم من دويرة اهله لا يلزمه غير الافضل بالشروع منه وان جامع
ثانيا فعليه شاة مع الجزور وان كان الثاني على قصد الرفض فلا دم عليه غير
الاول ذكره في الذخيرة والاسبيجابي وكذا لو كان الثاني معه في مجلس واحد وكذا
في مجلسين عند محمد الا ان يكون الثاني بعد التكفير عن الاول وكذا تكرر الجماع قبل
الوقوف في حق الشاة على هذا الخلاف وقال عطا ومالك والشافعي واسحق
كفارة واحدة وقال الحسن بن ابي الحسن كفارة واحدة وهي البدنة وقال
المحسن كفارة واحدة الا ان يكفر ثم يجامع فيجب عليه اخرى كقول محمد قال
ابو ثور لكل وطي بدنة ولنا وطيه الثاني صادف احراما منتهكا فلا
يلزمه ما لزمه قبله ولان مفسد الحج لا يتكرر فيتعلق بارتكاب محظور وللشافعي
في الوطي الثاني بعد افساد الحج خمسة اقوال اصحها يجب بالاول بدنة وبالثاني
شاة كقولنا والثاني يجب لكل واحد بدنة كقول ابي ثور والثالث يكفيه
بدنة واحدة كقول عطا المتقدم والرابع يكفيه بدنة عنهما الا ان
يكفر مع الاول فيجب مع البدنة شاة والخامس ان طال الزمان بين الجماعين
او اختلف المجلس وجبت اخرى للثاني شاة او بدنة على ما تقدم وان وطي
ثالثة او رابعة واكثر ففيه هذه الاقوال الخمسة والاظهر وجوب شاة
لكل مرة غير الاول وعند ابن حنبل يكفيه بدنة واحدة الا ان يكفر عن الاول
فيجب للثاني بدنة ثانية وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقا احرامه في
حق النساء دون لبس المخيط والتطيب وقتل الصيد وغير ذلك وبعد
طواف الزيارة او اكثره لا شي عليه الا ان يكون ذلك قبل الحلق فيجب شاة
وفي الاسبيجابي لو جامع بعد ما طاف ثلاثة اشواط يجب بدنة يعني اذا
كان قبل الحلق وقال ابن القاسم رواية مالك ان وطي بعد الرمي قبل طواف
الافاضة فعليه العمرة والهدي بحلق ام لا وحجه تام فاسدة لصحته ثم يقضي
ويهدي بدنة فان لم يجد فبقرة فان لم يجد فشاة وقد تقدم وتاديه
بالقضا ما ياتي بالادا من فرضية الاسلام وغيره وعند الظاهرية لا
يمضي في فاسده كالصلاة ولو وطيها وقد بقي عليه بقية من طواف الافاضة
بعد الحلق بطل حجه عند الظاهرية ويروي عن ابن عمر **قوله** ومن جامع
في العمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط فسدت عمرته ويمضي فيها ويقضيها
وعليه شاة وان جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر لا تفسد عمرته وعليه
شاة وكذا بعد السعي قبل الحلق لبقا احرام العمرة ذكره في المحيط ووجوب الشاة

بالوطي

بالوطي في العمرة قول عطا والثوري واسحق وقال ابن عباس العمرة الطواف قال
ابن المنذر واجمعوا انه لو وطي قبل الطواف فسدت عمرته وان وطي قبل الحلق
فعليه دم وهو قول ابن عباس والثوري واختاره ابن المنذر وقال احمد وابو
ثور عليه هدي وقال مالك والشافعي عليه بدنة اذا افسدت وتفسد عند
مالك قبل الرجوع وبعد السعي روايتان عنه ذكر ذلك في الذخيرة وعند
الشافعي ان وطي بعد الطواف قبل السعي فسدت عمرته وكذا بعد السعي
قبل الحلق ان الحلق نسك وهو الاصح وعندنا عليه دم كما تقدم وهو قول ابن
عباس والثوري ومن عطا يستغفر الله ولا شي عليه قال ابن المنذر قول ابن
عباس اعلى وان جامع القارن قبل الطواف والوقوف فسدت عمرته وحجه
وعليه شاتان ومضى فيهما وقضاهما ان شا جمع بينهما وان شا فرق وان افسد
الحج او العمرة سقط عنه دم القران وهو رواية عن ابن حنبل والمتمتع كالقارن
ولو جامع بعد ما طاف لعمرته او طاف اكثره فسد حجه خاصة وعليه دمان
للجناية على احرام العمرة والحج وعليه اتمامهما على الفساد وقال الشافعي
وابن حنبل ان شا قرن في القضا وان شا فرق كما قلنا لكن لا يسقط عنه دم
القران عندهما وعند الشافعي اذا قضى لزمته شاة اخرى قضى قارنا او مفردا
وقال مالك ان كان القارن طاف اول دخوله مكة وسعى ثم جامع قضى
قارنا قالوا الدم قد وجب فلا يسقط بالافساد وقاسوا على ترك الميقات
وهو ممنوع وفاسد فان المدرك مختلف ففي مجاوزه بغير احرام هو دم
نقص دخل احرامه مع انه لو رجع الى الميقات ملبيا سقط عنه وعندهما
من غير شرط وهنا وجب شكر النعمة الجمع بين نسكين جمع بينهما على وجه الصحة
فلا يجب وقول مالك والشافعي بعيد لان الدم عندهما وجب لما دخله
النقص بسقوط النعمة العمرة فاذا اتاهما كاملا من غير نقص لا يحتاج الى دم
جابر اذ الافراد عندهما افضل من القران وقد فعلهما في القضا مفردين
ومن جامع ناسيا كان كمن جامع متعمدا وحاصله انه يستوي فيه العامد
والساهي والعالم والجاهل والمكره والمختار والنايم والمستيقظ وتحقق
من الصبي والمجنون وهو قول مالك و في المغني قال ابن حنبل يستوي في الجماع
والحلق وقتل الصيد العمد والنسيان والعلم والجهل والاكراه والاختيار
وبه قال مالك والشافعي في القديم وقال في الجديد وطي الجاهل والناسي لا
يفسده وقد تقدمت المسألة بادلتها من الطرفين في اول الجنايات

فرع وبالجماع قبل الوقوف يفسد حجهما وعلى كل واحد منهما شاة وبعد
الوقوف قبل التحليلين لا يفسد حجهما وعلى كل واحد منهما بدنة وقد تقدم
وفي المبسوط والبدائع والاسبيجابي لو جامع القارن اول مرة بعد الحلق
قبل طواف الزيارة فعليه بدنة للحج وشاة للعمرة لان القارن يتحلل من الاحرا
مين معا بالحلق الا في حق النسا فهو محرم بهما في حق النسا قال الاسبيجابي
لم تحل له النسا بعد من احرام الحج وكذا من احرام العمرة وفي الوبري لو جامع
القارن بعد الحلق قبل طواف الزيارة قبل الحلق وجب دمان لبقا احرامهما
قبل الحلق و في خزانة الاكمل والذخيرة ان جامع بعد الوقوف فعليه
جزور من غير فصل و في المفيد والمزيد والولوالجي والتجريد ان جامع
بعد الوقوف قبل الحلق فعليه بدنة للحج وشاة و في شرح القدوري
لابي نصر البغدادي المعروف بالاقطع ان جامع بعد الحلق فعليه شاة
كما ذكر صاحب الكتاب وفي المنافع ان جامع بعد الحلق هكذا وقع في
عامة النسخ وفي بعض النسخ قبل الحلق قال ومثله في الزيادات فان كانت
الرواية قبل فلانه محرم بعد الوقوف وان كانت الرواية بعد الحلق فلانه
محرم في حق النسا وفي المسعودي ان جامع في الحلق بعد الوقوف قبل الطواف
قبل الطواف لم يفسد حجه وعليه بدنة وان جامع بعده فعليه شاة
مع البدنة و في المحيط والتجريد عن محمد رحمه الله فيمن طاف داخل الحجر
للزيارة اربعة اشواط ثم جامع فعليه بدنة وطواف الزيارة يكون بعد
الحلق ووجوب البدنة بعد التحلل الاول قول ابن عباس وعطا وعكرمة
واحد قولي الشافعي والقول الاخر الواجب به شاة كما ذكر في الكتاب ثم انما
وجب على المكرهة والنائمة مع فساد حجهما وعمرتهما وعند عدم فساد
هما اذا كان الوطي بعد الوقوف لا يرجعان به على الواطي لانهما اشتركا في حصول
الارتفاق به واللذة واما اذا كانت مطاوعة فلا اشكال في الوجوب عليها
وفي الاشراف لابن المنذر اذا افسدا بالجماع فعلى كل واحد منهما هدي وهو
قول ابن عباس وابن المسيب والضحاك والحكم وحماد والثوري وابي ثور وقال
النخعي على كل واحد منهما بدنة وبه قال مالك وقول ابن حنبل مضطرب مرة
قال عليهما هدي واحد ومرة قال على كل واحد منهما واختار ابن المنذر قول
ابن عباس وذكر الدارمي عن الشافعي اقوالا اربعة اذا كانت مطاوعة
اولها يلزمه بدنة عنه فقط مع افسادهما بالجماع وثانيها يجب بدنة عليه

عنه وعنها ولا اصل له ولم يقل به احد قبله ثالثها يلزمه بدنتان بدنة عنه
وبدنة عنها رابعها يلزم كل واحد منهما بدنة ويكون في مالهما وهذا هو
الحق كما يجب الحد عليهما فالكفارة اولى اما انها تستمتع بالجماع فيكون ما يجب
به على غيرها مع اختيارها وسوالها فلا معنى له ولا اصل والاصح ان في المكرهة
والنائمة لا يفسد عند الشافعي لجماعهما وقد تقدم قلنا المفسدات
للعبادة تستوي فيه العامد والساهي والعالم والجاهل والذاكر والناسي
كنقض الطهارة لا سيما عنده **فائدة** اعلم ان المحرمين عشرة مفرد الحج
ومفرد العمرة وقارن ومتمتع ومطلق ومتطوع بحج ومتطوع بعمرة اجماعا
ومتطوع بقران ومتمتع ومطلق و معلق وهو ان يقول احرمت باحرام كاحرام
زيد والكل جائز وعليه اهل العلم كافة من الصحابة ومن بعدهم الا ما ثبت
عن عمر وعثمان انهما كانا ينهيان عن التمتع ثم قيل هو نهي تنزيه وقيل كان
نهيهما عن فسخ الحج الى العمرة لان ذلك خاص باصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم وهو قول الاكثر وجمهور الفقها ومنهم من زعم ان عمر رضي الله
عنه كان يرى بطلان المتعة وهو بعيد وجوازه منصوص عليه في كتاب الله
تعالى وذهب ابن حنبل الى جواز فسخ الحج الى العمرة وقالت الظاهرية كل من احرم
بحج مفردا او قرن ولم يسق الهدي حل بعمرة شا او ابى ذكره في المحلى وروى
الحارث بن بلال بن الحارث المزني عن ابيه قال قلت يا رسول الله ارايت فسخ الحج
الى العمرة لنا خاصة ام للناس عامة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لكم
خاصة رواه ابو داود والنسائي وابن ماجة وغيرهم وفي المنتقى رواه الخمسة
الا الترمذي وقال النواوي اسناده صحيح الى الحارث بن بلال ولم ار في الحارث
جرحا ولا تعديلا وقد رواه ابو داود ولم يضعفه وهو حسن عنده اذا لم
يضعفه قال ابن حنبل هذا الحديث لا يثبت عندي ولا اقول به وقد روى
الفسخ احد عشر صحابيا فاين يقع الحارث بن بلال منهم قلت ينبغي له ان يقول اين
يقع بلال منهم لانه الصاحب دون الحارث ولا معارضة بينه وبينهم حتى
يقدموا عليه لانهم اثبتوا الفسخ للصحابة ولم يذكروا الحكم غيرهم وقد وافقهم
الحارث ابن بلال عليهم وازداد اختصاص الفسخ بهم فكان معه زيادة علم لم يكن
معهم وقال ابن حزم الظاهري هو مجهول لا يحتج به قلت اذا خرج عنه
شيخان لا يبقى مجهولا والحارث ابن بلال روى له ثلاثة فلم يكن مجهولا باتفاق
اهل الحديث ولكن روى عنه ربيعة الرازي ابن ابي عبد الرحمن وهو كبير القدر

يخرج به عن الجهالة وعن ابراهيم التيمي عن ابيه عن ابي ذر قال كانت المتعة في الحج لاصحاب محمد صلى الله عليه وسلم خاصه رواه مسلم والنسائي وابن ماجه وعن سليم ابن الاسود ان ابا ذر كان يقول فيمن حج ثم فسخها بالعمرة ولم يكن ذلك الا للركب الذين كانوا معه صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود ومثله عن عثمان رضي الله عنه قال ابن حزم الظاهري لو صلح الطحاوي في هذا المكان فقال ان معنى قوله لابد الابد انما عنى به جواز العمرة في اشهر الحج قال وليس في المجاهده برد الحق اقبح من هذا وحديث سراقه يكذب قول الطحاوي لانه انما سال عن المتعة التي هي فسخ لا عن العمرة في اشهر الحج اذا ساله عقيب امره عليه السلام من هدي معه بفسخ الحج فقال سراقه هي لنا ام الابد فاجابه عما ساله لا عما لم يساله ثم قال ليس في قول عثمان وابي ذر حجة علينا لان معناه ليس لاحد بعد الصحابة ان يبتدي حجا مفردا يحتاج الى فسخه بعمرة ولكن يفعل ما امره به رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ان يهل بالعمرة فقط ان لم يسق هديا ثم اذا اهل بالحج او يهل بالقران ان ساق الهدي وان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا بخلاف ذلك وانه جاز لهم ان يبتدوا الحج مفردا ثم يجب فسخه بعمرة قلت تحليجه اشد وهو انه حجر على الامه في افراد الحج بلا برهان وقال الداودي يعني جواز التمتع لا فسخ الحج ذكره عنه السفاقسي مع انه منسوخ بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ومردود به وفي حديث عايشه رضي الله عنها ومن اهل بالحج فليتم حجه رواه ابن حزم المذكور من طرق في المحلى وعن ابن عمر قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة واصحابه مهلين بالحج فقال عليه السلام من شا ان يجعلها عمرة الا من كان معه الهدي الحديث رواه احمد فقد خيره ولم يوجبه خلاف ما زعم ابن حزم وعن عايشه رضي الله عنها فاما من اهل بالعمرة فاحلوا حين طافوا بالبيت وبالصفا والمروة واما من اهل بالحج او بالحج والعمرة فلم يحلوا الى يوم النحر متفق عليه فبطل ايجاب الفسخ الى العمرة فبطل قول الظاهرية

فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة اعلم ان الطهارة من الحدث والجنابه والحيض والنفاس ليست شرطا في الطواف ولا فرضا فيه عندنا وهو قول حماد ومنصور وشعبه والمغيرة من المالكية وعن عايشه ما يدل عليه وهو مذهب ابن عباس وقال داود واصحابه ان طاف محدثا او جنبا او نفسا مع خلاف الحايض وقال محمد بن الحكم ان طاف ناسيا الطهارة فرجع فلا شي عليه

ومن

وعن ابن حنبل لو رجع الى اهله بعد ما طاف محدثا جبره بالدم وحكى امام الحرمين عن بعض اصحاب الشافعي ان طواف الوداع بغير طهارة ينجبر بالدم واشترط الطهارة له الايمة الثلاثه والطهارة واجبة في رواية ابي بكر الرازي وهو الاصح بدليل شروع جبره بالدم وقيل سنه وهو رواية ابن شجاع واحتجوا بما روى الترمذي من حديث جرير عن عطا بن السايب عن طاوس عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الطواف بالبيت مثل الصلاة الا انكم تتكلمون فيه فمن تكلم فلا يتكلم الا بخير فقد روي مرفوعا وموقوفا ثم رفعه من ثلاثه اوجه هذا احدها والوجه الثاني رواية ليث ابن سليم عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الطواف بالبيت صلاه والوجه الثالث الباعدي عن عبد الله بن عمر مرفوعا قال البيهقي لم يصنع شيا في رفعه والصحيح انه موقوف على ابن عباس قال يحيى بن معين ليث بن سليم ضعيف مثل عطا بن السايب ولا يحتج بعطا بن السايب ذكره في الكمال وقال المنذري تكلم في عطا غير واحد ذكره في مختصر سنن ابي داود وفي الحاصل ان رفعه من رواية ابن عباس ضعيف والصحيح انه موقوف عليه كذا ذكره البيهقي وغيره وروى سفيان عن عطا بن السايب عن طاوس عن ابن عباس ان النبي عليه السلام قال الطواف بالبيت صلاة رواه البيهقي عن شيخه الحاكم ابو عبد الله قال ابو الفرج ابن الجوزي لا ينبغي ان يقبل جرح الحاكم ولا تعديله لشدة تعصبه فكان ينسب الى التشنيع ولم يرو عن سفيان عن عطا بن السايب غيره وفي الامام وجميع ما روي عن عطا ابن السايب روي عنه في الاختلاط الا سفيان وشعبة قلت قد تكلم فيه غير واحد قبل الاختلاط وبعده فلا يكون حجة كما ذكرنا عن يحيى بن معين والمنذري والروايه عنه قبل الاختلاط من طريق الحاكم وحده وقد ذكرنا الكلام فيه فلا يحتج به مع ان رفعه ضعيف كما تقدم ذكر ضعف رفعه النواوي ايضا وفي المبسوط الطواف حقيقته الدوران حول البيت وهو يتحقق من المحدث كما يتحقق من الطاهر وفرضيه الطهارة فيه تثبت بالنص ولم يوجد وخبر الواحد يثبت الوجوب لانه يوجب العمل دون العلم وفرضيه طواف الافاضه تثبت بالنص ولا نص في الطهارة والمراد بالحديث لو ثبت التشبيه بالصلاة في حق الثواب والاجر دون الحكم قلت هو كقوله عليه

السلام المنتظر للصلاة هو في الصلاة بمعناه في البخاري والمراد به الثواب
ولهذا لا اشترط فيه الوضوء وصار كالسعي بين الصفا والمروة والوقوف
وقال المهلب ابن ابي صفرة المالكي انما منعت الحايض من الطواف تنزيهًا
للمسجد عن النجاسات كقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد
الحرام ولهذا امر النبي صلى الله عليه وسلم الحيض ان يعتزلن المصلى في العيدين
ولم يامر المحدث بالطهارة فلو كانت شرطا لامره بها وما كان ربك نسيًا
وقوله عليه السلام لعايشة رضي الله عنها غير ان لا تطوفي بالبيت حتى
تطهري يفهم انها اذا طهرت من حيضها وطافت اجزاها اذا لم يامرها
بالاغتسال بعد ما تطهر وانما قال لها صلى الله عليه وسلم غير ان لا تطوفي
بالبيت لان الحايض ممنوعة من دخول المسجد وعن عايشة رضي الله عنها
ان امراة حاضت وهي تطوف معها فاتمت مع عايشة رضي الله عنها بقية
طوافها اخرجه سعيد بن منصور وفي الامام عن شعبة قالت سالت حمادا
ومنصورا عن الرجل يطوف بالبيت على غير طهارة فلم يروا به باسا ولانه
ليس فيه احرام ولا سلام وهم لا يجوزون الصلاة بدونها فثبت انه ليس
في حكم الصلاة ولانه لا يشترط فيه استقبال القبلة بل يفسده عنده ولو
كان صلاة وهي فرض لاشترط عند القدرة و عند مالك لو طاف وفي ثوبه او على
بدنه نجاسة لم يعد ويعيد الصلاة ذكره في الذخيرة ولو احدث في طوافه
عمدا يبني في جديد الشافعي بخلاف الصلاة قال فاذا شرع في طواف سنة
يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيه فينجبر بالصدقة
لانحطاط رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا الحكم
في كل طواف هو تطوع وفي بعض نسخ المختصر وان كان طاف طواف القدوم جنبا
فعليه شاة ولم يذكر في الكتاب ولا ذكره ابو نصر في شرح القدوري ولا في
عامة الكتب والظاهر وجوب الصدقة فيه لما ذكره في الكتاب وفي المنافع
يجب شاة فيه للجنب والاستحباب محدثا او جنبا لا شي عليه لتركه فان قيل
انتم سويتم بين الفرض والنفل في سجود السهو فينبغي ان يكون الحج كذلك
لان الدم جابر في الحج كسجود السهو في الصلاة جوابه ان الجابر في الحج بدون
الدم مشروع وهو الصدقة فامكن اظهار التفاوت بين النفل والفرض في الحج
والجناية اذا كانت فاحشة كالجناية بحمل الموذي كالمعدوم بخلاف الحدث وذلك

بمنزلة

بمنزلة الخرق الفاحش واليسير فان الفاحش يجعل الثوب كالهالك من وجه
حتى كان للمالك تضمين جميع قيمته بخلاف الخرق اليسير وفي شرح المهذب
للنواوي ذكر ان رفع حديث ابن عباس ضعيف كما تقدم واحتج بما روته عايشة
رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اول شي بدا به حين قدم ان توضا
ثم طاف بالبيت رواه البخاري ومسلم وزعموا انه بيان للطواف المجمل في
القران وقال صلى الله عليه وسلم لتاخذوا عني مناسككم قلنا ان فعله عليه
السلام لا يدل على ان الوضوء فرض هو شرط صحة الطواف بل يدل على
الاستحباب وهو مجمع عليه وفيما عداه احتمال والفرض لا يثبت بالاحتمال
والاية ليست بمجملة حتى تحتاج الى البيان ولانه يترتب عليه ركعتان فلا
بد للصلاة من الوضوء فلعله توضا لذلك ولان فعله بالوضوء افضل
وهو عليه السلام لا يترك الافضل وقوله عليه السلام خذوا عني
مناسككم تعلق لهم به لان ما فعله عليه السلام من المناسك كان اكثره
مستحبا وادبا وكان بعضه واجبا وبعضه فرضا ونحن ناتي بذلك مثل
ما كان فعله عليه السلام ولا يدل ذلك على ان جميع ما اتى به كان ركنا او
فرضا واحتج بحديث عايشة انه عليه السلام قال لها حين حاضت وهي
محرمة اصنعي ما يصنع الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت حتى تغتسلي قال
رواه البخاري ومسلم بهذا اللفظ قال فان قيل انما نهاها لان الحايض
لا تدخل المسجد قال قلنا هذا فاسد لانه صلى الله عليه وسلم قال حتى
تغتسلي ولم يقل حتى ينقطع دمك قلت جوابه هو الفاسد لوجوه احدها
انه لا فرق في منعها من دخول المسجد بين الانقطاع وعدمه فلا يدل
قوله حتى تغتسلي لان الاغتسال للطواف دون دخول المسجد والثاني
في صحيح البخاري ومسلم قال لها صلى الله عليه وسلم افعلي كما يفعل الحاج غير
ان لا تطوفي بالبيت حتى تطهري قلت فلما كان يوم النحر طهرت فامرني
رسول الله صلى الله عليه وسلم فافضت وفي بعض طرق مسلم فاقضي ما يقضي
الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت حتى تغتسلي الحديث ولم يوافقه البخاري
قاله ابو البركات ابن تيمية في المنتقى والحافظ شرف الدين الدمياطي
كتبه الى الخطه والثالث لو ثبت قوله حتى تغتسلي فليس نصا انه للطواف
ولا ظاهرا فيه بل يحتمل ان يكون لهما جميعا او لدخول المسجد وحده والفرض
لا يثبت بالوهم والحايض اذا انقطع عنها الدم لا تدخل المسجد حتى تغتسل

وحكمها حكم الجنب عندنا وعنده اشد حتى منع القربان عنده حتى تغتسل
بخلاف الجنب وقالوا قول ابن عباس رضي الله عنهما الطواف بالبيت مثل الصلاة
او قال صلاة احد من الصحابة فكان حجة قلنا المروي عنه ايجاب البدنة
على من طاف جنبا فيحمل على انه صلاة في حق الثواب والاجر ويدل عليه
انه قال مثل الصلاة غير الصلاة لان مثل الشي غيره حتى لو قال لعبده انت
مثل الحر لا يعتق وقوله لم يخالفه احد من الصحابة ممنوع فان عايشة
رضي الله عنها خالفته وهي اقعد بهذا الحديث فانها صاحبة القضية
في مسلة الحايض ولان المحكي عن ابن عباس في الطواف جنبا وجوب البدنة
فكان المراد به في حق الثواب والاجر واجابوا عن الاية بجوابين احدهما
هي عامة مخصوصة بالحديث والجواب الثاني ان الطواف بغير طهارة
مكروه عند ابي حنيفة رضي الله عنه فلا يجوز حمل الامر على المكروه قلت
تخصيص الاية العامة لا يجوز بخبر الواحد الا اذا خصت ولان الحديث
الاول ضعيف على ما تقدم وما بعده لا يصلح مخصصا لما ذكرنا من الاحتمالات
والجواب عن قولهم لا يجوز حمل الامر على المكروه ان المكروه ليس هو الطواف
المامور به عينا بالامر بل اعم من الطواف الذي هو بالطهارة وبغيرها
كما قلنا ان الوضو المامور به هو الاعم من المنوي وغيره او المرتب وغيره
ثم ان الموالاة في الطواف سنة موكدة عندهم ويكره قطع الطواف الكره ا
المفروض لصلاة الجنازة او الصلاة نافلة والرمل والاضطباع سنة ويكره
الاكل والشرب في الطواف ويكره ان يضع يده على فمه ويكره له ان يدفع
البول والريح فيه ويحرم عليه النظر فيه الى من لا يحل له النظر اليه ولا يبطل
طوافه بذلك كله فكيف يجوز عندهم حمل الامر على المكروه وما لهم عن ذلك
جواب الا ما ذكرته ونظير هذا كثير في المنافع وقال الشافعي لا يشترط فيه
طهارة المكان والثوب قلت ليس هذا مذهبه و في شرح مختصر الطحاوي لا يجب
شي بترك طواف القدوم و في شرح الايضاح يجب بتركه صدقة فان قيل هذا
ينفهم الا يجب شي اذا اتى به محدثا لانه لما كان تركه لا يوجب شاة فاما ان يوجب
صدقة كما قال في شرح الايضاح او لم يجب شيا كما قال في شرح الطحاوي واما ما
كان لا يجب بالحدث شي لانه يودي الى التسوية بين تركه وبين الاتيان به محدثا
على تركه قلنا اذا تركته فقد تركت سنة فيجب صدقة لانه لو وجب به دم يلزم التسوية
بين ترك السنة والواجب وهو طواف الصدر اما اذا اتى به محدثا فقد ادخل

نقصا في طواف هو واجب بالشروع وانه يوجب الصدقة وفي مناسك الكرماني
قال محمد من طاف تطوعا بهذه العوارض احب الي ان يعيده فان رجع الى اهله
فعليه صدقة في الحدث والجنابة بخلاف الطواف الواجب و في الوبري طاف
اللقا جنبا فلا شي عليه لانه سنة فلا يكون اكثر من تركه راسا ولو طاف طواف
الزيارة محدثا فعليه شاة وان طافه جنبا فعليه بدنة وقد تقدم الثابت
من ابن عباس رضي الله عنهما ما روى اصحابنا رضي الله عنهم عنه والحايض والنفسا
مثل الجنب وهذه الاشيا اغلظ من الحدث فكان جابرها اغلظ اظهارا
للتفاوت واكثره في ذلك بمنزلة كله وان طاف اقل طواف الزيارة جنبا
فعليه شاة وان طاف محدثا فصدقة لكل شوط نصف صاع بر فان اعاد
بعد ايام النحر فان فعليه صدقة عند ابي حنيفة رحمه الله ولا شي عليه عند
هما بسبب تاخيره والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا شي عليه وفي
بعض النسخ فعليه ان يعيده وهو الاصح فانه يومر بالاعادة في الحدث
استحبابا وفي الجنابة ايجابا ليكون الجابر بالجنس فان اعاده الجنب بعد ايام
النحر سقطت البدنة عنه ووجب شاة للتاخير وعندهما لا شي عليه بالتاخير
كما لو اعاده في ايام النحر وان طافه محدثا ثم اعاده في ايام النحر فلا شي عليه
بالاتفاق وان اعاده بعد ايام النحر فلا ذبح عليه لكن عليه صدقة عند
ابي حنيفة رحمه الله ذكره قاضيخان وغيره ومثله في الاسبيجابي لكن قال
ان طاف اقله محدثا ثم اعاده بعد ايام النحر فعليه صدقة عند ابي حنيفة
لتاخير الاقل في الوبري وان طاف اقل طواف الزيارة محدثا فعليه صدقة
لكل شوط نصف صاع بر فان اعاده بعد ايام النحر لا تسقط عنه الصدقة
عند ابي حنيفة ولو رجع الى اهله وقد طاف جنبا فعليه ان يعود لان النقص
فاحش بسبب الجنابة فيومر بالعود ليستدرك ما فاته من المصلحة ويعود
باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزاه لوجود الجابر له الا ان الافضل
هو العود ليحصل النقصان ومثله في البدايع و في المحيط الافضل بعث البدنة
لنفع الفقرا وفي الحدث بعث الشاة افضل لخفة الجنابة ثم اذا طاف جنبا
واعاده فالثاني جابر للنقص الحاصل الاول عند الكرخي وهذا يقع به الاول
التحلل وينفسخ به الاول عند ابي بكر الرازي ويكون الثاني هو المعتد به واحتج
بما قال ابو حنيفة اذا اعاده بعد ايام النحر وجب عليه دم فلو كان الثاني جابرا
لما وجب الدم كما لو كان الجبر بالبدنة في غير ايام النحر ان لا يكون له جابرا فصار

كبر وقام ولم يقرا حتى ركع فان القيام يعتد به بدليل انه يتم على هذه الركعة
ويقرا في بقية الصلاة ويعتد به في الركعتين ولو عاد الى القيام فقرا وركع
انفسخ الاول وصار الثاني هو المعتد به فكذا هنا ووقوع التحلل به موقوف
ذكره في المحيط والمبسوط واحتج الكرخي بما لو دخل الافقي لعمرة قبل اشهر الحج
فطاف لها جنبا ثم اعاده في اشهر الحج ثم حج من عامه لم يكن متمتعا ولو كان الاول
منسوخا لصار متمتعا بطوافه الثاني لانه اتى بهما في اشهر الحج من غير ان يلم باهله
فدل على ان الثاني لجبران الاول وان الاول لم ينفسخ فصار كما لو طاف محدثا ثم اعاده
فانه للجبران ورفع النقصان لا لرفع الاصل فعليه ان يعود بذلك الاحرام وهو
محرم ابدا عن النساء حتى يطوف وهذا اجماع وكذا ان ترك اربعة اشواط منه
وان ترك من طواف الزيارة ثلاثة اشواط فما دونها وطواف الصدر ليعود قبل
مجاوزة الميقات ويطوف بعد احرام فيطوف ما بقي من طواف الزيارة ويطوف
للصدر ووجب لتاخير اقل طواف الزيارة صدقة عنده ولا يجب لتاخير طواف
الصدر شي لانه غير موقت وفي المفيد يجب لتاخير طواف الصدر دم منه
والصحيح انه لا يجب به شي وان جاوز الميقات عاد باحرام جديد لانه حلال له
النسا لخروج من الاحرام وان لم يعد يجب عليه دمان دم لترك اقل طواف الزيارة
ولو شوطا ودم لترك طواف الصدر ولو طاف للصدر جنبا فعليه شاة وكذا
محدثا في رواية ابي حفص وفي رواية ابي سليمان عليه صدقة فان عاده سقط
الواجب قال في المفيد وفي غير رواية الاصول يجب صدقة عند ابي حنيفة
رضي الله عنه كطواف العمرة وعندهما يجب صدقة وان طاف اقله محدثا يجب
صدقة باتفاق الروايات وان ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه
فعليه صدقة شاة وما دام بمكة يؤمر بالاعادة وان ترك ثلاثة اشواط منه
فعليه صدقة لكل شوط نصف صاع بر فان قيل ينبغي ان يجب دم بما طاف للصدر
محدثا كرواية ابي حفص ليتميز على طواف القدوم لانه واجب وطواف القدوم
سنة قيل له لو وجب الدم على الحدث فيه لكان مثل طواف الزيارة وهو ركن
اعلى منه ولانه يلزمه التسوية فيه بين الحدث والجنابة والثانية اغلظ
وان الزمنا في الجنابة بدنة يلزمه التسوية بينه وبين طواف الزيارة
في المنافع وان الزمنا كل طواف يجب اعادته بتركه او بترك اكثره ويقوم الدم
مقامه يجب الصدقة بترك اقله ولا يجب الدم ومثله في المحيط قوله
ومن طاف الطواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده وفي المبسوط والمحيط

الافضل

الافضل ان يعيده على كل البيت والواجب ان يعيده على الحطيم لا غير فيطوف وراءه
وهو قول الحسن البصري وعند الائمة الثلاثة لا يجزيه ترك الحجر ولا يجبر بالدم
وتفسيره ان يتسور الحائط فيطوف حول الحطيم خاصة لان الحائط ليس من الحجر
وهكذا ذكره السواوي وغيره من الشافعية وفي المغني لا يجزي الطواف عند
الحنابلة الا من خارج الحائط لانه صلى الله عليه وسلم هكذا فعله قلنا
فعله لا يدل على ركنيته ذلك وفي الكتاب والطواف في جوف الحجر ان يطوف
حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بين الكعبة وبين الحطيم فما دام بمكة
اعاد الطواف على البيت كله من ورا الحطيم ليكون مؤديا له على الوجه
المشروع وقد ذكرنا انه الافضل وان اعاده على الحجر وحده اجزاه وهو
ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره فيدخل الحجر من الفرجة
عن يساره ويخرج من الجانب الاخر هكذا يفعله سبع مرات وفي الجامع الصغير
لقاضي خان وقد يكون ذلك بطريق اخر وهو انه اذا اتى اخر الحجر يرجع ولا يدخل
في الحجر ثم يبتدي من اول الحجر من المكان الذي بدا منه اولا ولكن لا يعد رجوعه
شوطا هكذا سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم ولا يجزيه
الصدقة لانه تمكن النقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع يعني
ان الربع يقوم مقام الكل فيكون ترك الربع كترك الكل بخلاف ما دون الربع
فانه لا يقوم مقام الكل اصله في الزيادات اذا كان معه ثوبان احدهما ملو
دما والاخر ربعه طاهر اولى قلت ان كان طوافه في جوف الحجر هو طواف
الزيارة فلا فرق فيه بين ترك الربع واقل منه ولو ترك شوطا منه يجب دم
وان كان ذلك في طواف الصدر يجب بترك اقله صدقة ولو كان المتروك ثلاثة
اشواط وقد ذكرناه وفي قاضي خان الطواف من ورا الحطيم واجب لان كونه
من البيت ثبت بخبر الواحد وهو لا العلم وواجب الحج ينجبر بالدم كترك السعي
بين الصفا والمروة وهذا التعليل اقرب الى الصواب ومن طاف لطواف
الفرض وهو طواف الزيارة محدثا وطواف الصدر في اخر ايام التشريق طاهرا
فعليه دم يعني طواف الزيارة في ايام النحر فيجب الدم لاجل الحدث فان كان طافه
جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة دم لتاخير طواف الزيارة الى اخر ايام التشريق
عنده ودم لترك طواف الصدر ويؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة
فان اعاده فلا شي عليه عندهما وعنده يجب دم واحد لتاخير طواف الزيارة
على ما ياتي وجه ذلك ان شاء الله تعالى ولا يؤمر باعادته بعد الرجوع على ما عرف

وينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة فيما اذا كان طاف للزيارة جنبا وان طاف
للصدر محدثا لان اعادته بسبب الجنابة واجبة فكانت اعادته مستحقة عليه
فصار كانه لم يطف للزيارة وطاف للصدر فانه ينقل الى طواف الزيارة وفي المفيد
وغيره ان الاحرام التزام للمناسك على الترتيب فاي شي اتى به في وقته يقع عن المستحق
عليه ويلغو نيته تغييره كمن سجد في صلاته ينوي تطوعا يقع عن الفرض وتلغوا
نية التطوع ومثل من ترك نية صلاته ولم يعلم بها وسجد للسهو يقع احدى سجدتي
السهو عن السجدة الصلاتية وكذا الوطاف بعد طواف الزيارة تطوعا يقع عن
طواف الصدر لانه مستحق عليه ذكره في المحيط وفيه من طاف في وقته وقع عنه
نوى او لم ينوي طوافا اخر لان النية تتعين في عقد الاحرام كتحريمة الصلاة فان
الركوع والسجود يتادى بغير نية مثاله محرم بعمرة قدم مكة فطاف وقع عن
طواف العمرة وان كان حاجا وقع عن طواف التحية وان كان قارنا وقع الاول عن العمرة
والثاني عن الحج **قال** ولو طاف وهو يطلب غريما له لم يجزه خلاف الوقوف ثم قيل
ينفسخ طواف الزيارة ويقع طواف الصدر عنه وقيل يجزيه بعضه وقد تقدم
ولا ينتقل اليه في المسئلة الاولى وهي اذا طاف محدثا هكذا ذكره في المبسوط والمحيط
كما ذكره في الكتاب قالوا لان اعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجبة بل هي
مستحبة فلا ينتقل اليه **قلت** لو لم يكن واجبة بسبب الحدث لما وجب به دم لان الدم
الجابر لا يجب بترك المستحب بل يجب بترك الواجب، وفي الوبري والاسبيجابي لو طاف
للزيارة محدثا وللصدر طاهرا ينظر ان حصل طواف الصدر في ايام النحر نقل طواف
الصدر اليه وعليه ان يطوف للصدر ولا شي عليه وبعد ايام النحر لا ينتقل عنده
اذ لا فايدة في نقله وعليه طواف الزيارة محدثا دم وعندهما ينتقل اذ في النقل فايدة
وهي سقوط الدم للحدث ولا يجب بالتاخير شي، وفي الاسبيجابي طاف للزيارة جنبا
وللصدر طاهرا ومحدثا نقل طواف الصدر اليه فما دام بمكة يطوف للصدر ولا شي
عليه الا ان يطوف طوافه للصدر بعد ايام النحر عنده او في ايام النحر محدثا فان
رجع الى اهله فعليه دم لترك طواف الصدر ولو طاف للزيارة محدثا وطاف
للصدر طاهرا في ايام النحر فلا شي عليه وفي النقل فايدة وهو سقوط الدم لاجل
طواف الزيارة محدثا ولو طاف للزيارة جنبا او طافت حايضا او نفسا يوم النحر
ثم طافت تطوعا يقع عن اعادة طواف الزيارة وينتقل اليه ويلغو نية التطوع ولا
ينتقل الى طواف الزيارة طواف القدوم قبل يوم النحر لانه قبل وقته وبعده ينتقل
اليه لانه في وقت طواف الزيارة وبعد ايام النحر يكون بعد وجوبه وان خرج وقته

وفي

وفي الكرماني طاف للزيارة جنبا ثم اعاده في ايام التشريق فلا شي عليه **قلت**
صوابه ثم اعاده في ايام النحر وفي الوبري طاف للزيارة جنبا وللصدر في ايام
النحر محدثا فنقل طواف الصدر اليه ثم ان كان بمكة يطوف للصدر وعليه دم
لطواف الزيارة محدثا ولا يسقط باعادته بعد ايام النحر عنده وعندهما
يسقط وان كان طاف للصدر محدثا بغير ايام النحر قيل يجب دمان عند ابي حنيفة
رضي الله عنه احدهما للحدث والاخر للتاخير وقال بعضهم يكفيه دم واحد
بالاتفاق **قوله** ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيد
هما ولا شي عليه واعادة الطواف لنقص الحدث والسعي تبع للطواف فان رجع
الى اهله ولم يعيد هما فعليه دم لترك طهارة الطواف ولا يومر بالعود لوقوع
التحلل به فان لم يومر به في طواف الزيارة يعث الشاة فيه افضل فطواف
العمرة اولى وان عاد فطاف لعمرته بالطهارة جاز ولا شي عليه وليس في
ترك اعاده السعي شي لانه ادى على اثر طواف معتد به فكذا اذا اعاد الطواف
ولم يعد السعي فلا شي عليه في الصحيح، وفي قاضيخان ان اعاد الطواف ولم يعد
السعي يجب عليه دم لانه لما اعاده بعد نقض طوافه الاول فحصل السعي قبل
الطواف فلا يعتد به ولم يحك خلافا **قلت** هذا القول اختيار ابو بكر
الرازي وهو الاصح على ما تقدم لكن هذا الخلاف في الاعادة بسبب الجنابة
والاعادة بسبب الحدث اتفاق انه جبر للاول بلا نقض ولا فسخ له والوضع
في الحدث وقول صاحب الكتاب ولا شي في المحيط هو الوجه وفي المحيط والمفيد
القياس في طواف العمرة جنبا ان يجب بدنه لكن ترك القياس فيه كالجماع فيه ولان
العمرة ليست بفرض بخلاف الحج وفي المغني يشترط عند ابن حنبل تمييز النية
في الطواف وهو قول ابن القاسم صاحب مالك واختاره ابن المنذر وعندنا لا
يشترط وبه قال الشافعي وهو قول الثوري واخرين ولو طاف على جدار الحجر
صح عندنا وبه قال الشافعي في قول وقال ابن حنبل لا يجوز **قلنا** الجدار ليس
من الحجر هكذا ذكره النواوي وغيره ولو ترك الرمل فلا شي عليه عند الايمة وهو
قول عامة الفقها وحكي عن البصري والثوري وعبد الملك بن الماجشون وجوب
الدم به ولا شي في ترك الاضطباع اتفاقا والمكتوبة لا تجزي عن ركعتي الطواف
وهو قول الزهري ومالك والشافعي ورواية محمد بن الحكم عن ابن حنبل وعن ابن
عباس وعطا وجابر بن زيد وابن حنبل يجزي عنهما كانهم جعلوها كتحية المسجد
وقد تقدم الكلام عليهما في ركعتي الطواف ومن ترك السعي بين الصفا والمروة

فعليه دم لترك الواجب وجه تام لانه ليس بركن فيه وفيه خلاف الائمة الثلاثة وقد
اوضحناه بالادلة ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم بعني لو افاض قبل
غروب الشمس اما لو افاض بعد غروب الشمس قبله فلا شي عليه وقال الشافعي
ان عاد الى عرفات قبل طلوع الفجر فلا شي عليه وان لم يعد اراق دما وهو
مستحب في اصح القولين وفي القول الاخر واجب لقولنا خلاف من وقف ليلا ثم
افاض قبل الامام حيث لا شي عليه اتفاقا وقد ذكرنا المسلة الى اخرها وما
فيها من الخلاف فيما تقدم وفي الحواشي فان قيل الوقوف بالنهار لما كان ممتدا الا
ولم يكن بالليل بمقدار فما لم يوجد الوقوف بالنهار بالمقدار الذي قدرته
وهو الامتداد الى غروب الشمس وتحقق الليل وجب ان لا يعتد به كسائر
العبادات المقدرة قال وهو قول مالك قلت لم يقل مالك باشتراط الوقوف
في شي من النهار وانما ركن الوقوف عنده وقوف لحظة بالليل دون النهار
وعند غيره من فقها الامصار الركن منه في جز من ليل او نهار واجاب بان
اصل الوقوف ليس بمقدر كما في الليل وانما امتداده بما روي عنه عليه السلام
انه قال فادفعوا بغروب الشمس فيجب بتركه دم وقد ذكرناه في مكانه ومن
ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم
ويكفيه من ذلك كله دم واحد لاتحاد الجنس كما في الحلق يعني لو حلق ربع راسه
في غير اوان الحلق يجب عليه دم ولو حلق كله فكذلك وكذا لو قطع يدي انسان
خطا فعليه دية ولو قتله بعد ذلك قبل البر فالواجب دية واحدة فان
قيل اذا حلق ربع راسه ثم حلق ربعه ثم حلق ربعه ثم حلق ربعه في ازمان
متفرقة يجب عليه اربعة دما فينبغي ان يجب عليه دما هنا وجوابه ان الترك
انما يتحقق بغروب الشمس من اليوم الثالث لان له ان يرمي وظيفة اليوم الاول
في اليوم الثاني على الترتيب بان يرمي جمار اليوم الاول في اليوم الثاني ولاء ثم
يرمي فيه جمار اليوم الثاني وكذا بعده الى اخر اليوم الثالث فيتحد جنس الجناية
فيتحد الموجب وقد تقدمت هذه المسايل قبل هذا ثم بتاخره للذي يجب الدم
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وان رماه في اليوم الثاني والثالث وعندهما لا يجب
شي اذا رماه على ما يأتي وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم اذا لم يقضه لانه نسك
تام وان ترك رمي احدى الجمار الثلثة فعليه صدقة لانه ثلث النسك فيه الا ان
يكون المتروك اكثر من النصف فيجب به دم وفي ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر
يجب به دم لانه كل وظيفة هذا اليوم في حق الرمي وكذا في اكثره والى ثلثه صدقة

لكل حصاة الى ان يبلغ دما فينقص ما شا والمتروك متى كان الاقل يكتفي فيه بالصدقة
وهو قول البصري وعند مالك في حصاة دم وفي الجمرة او الجمار بدنة فان لم يجد
فبقرة ذكره ابن المنذر ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي
حنيفة وكذا اذا اخر طواف الزيارة عندنا وعندهما لا شي عليه في الوجهين
وكذا الخلاف في تاخير الرمي اذا اخرج ايامه وفي تقديم نسك على نسك كالحلق
قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح وعن ابن عباس رضي الله
عنهما من قدم شيا من حجه او اخره فليرق دما وان حلق قبل ان يرمي فعليه دم
عند مالك والشافعي وفي المغني عليه دم عند احمد ومالك وان افاض قبل
ان حلق قال ابن عمر لا يعتد به وقال الاوزاعي ان طاف قبل ان يرمي جاهلا
ثم واقع اهله اراق دما واختار ابو جعفر قول ابي حنيفة وهو قول زفر
قال احمد ابن حنبل هذا الترتيب واجب كما رتبه رسول الله صلى الله عليه
وسلم ثم قال خذوا عني مناسككم قال فان قدم الحلق على الرمي او الذبح
ساهيا او جاهلا فلا شي عليه وان كان عامدا ففي وجوب الدم عنه
روايتان وقال ابن الماجشون ان قدم الحلق على الذبح فعليه دم وقال
الشافعي وابن حنبل وابو ثور ان حلق قبل ان يرمي فلا شي عليه كقولهما
احتجوا بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص ولم يكن بينه وبين عمرو الا اثنى
عشرة سنة انه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع للناس
يسالونه فجا رجل فقال يا رسول الله لم اشعر حلقت قبل ان اذبح قال اذبح ولا
حرج قال اخر يا رسول الله لم اشعر نحرت قبل ان ارمي قال ارم ولا حرج
متفق عليه فما سيل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شي قدم ولا اخر الا قال
افعل ولا حرج متفق عليه قال عبد الغني الحافظ المقدسي في الاربعين
قوله لم اشعر يحتمل معنيين احدهما ان يكون ناسيا والثاني ان يكون جاهلا
بالحكم فقدم واخر لجهله قال وهو الصحيح لان ابن جريج رواه عن الزهري
فقام رجل فقال كنت احسب ان كذا قبل كذا واما قوله فما سيل عن شي قدم
ولا اخر الا قال افعل ولا حرج فغير محمول على عمومه بدليل انه جا في بعض
طرق الحديث اني حلقت قبل ان ارمي فقال ارم ولا حرج وقال الماوردي وفي بعض
طرق الحديث في غير كتاب مسلم سعيت قبل ان اطوف قال وهذا لا اعلم احدا
قال به واعتد بالسعي قبل الطواف الا ما ذكر عن عطا وهو شذوذ وفي رواية
قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم ذبحت قبل ان ارمي قال لا حرج قال ذبحت

قبل ان يرمي قال لا حرج رواه البخاري عن ابن عباس انه عليه السلام قيل له في
الذبح والحلق والرمي والتقديم والتاخير فقال لا حرج متفق عليه
وحديث سعيت قبل ان اطوف خرجه ابو داود في صحيحه والمستدرك على
الصحيحين والحديث محمول على نفي الاثم دون الفدية لان ذلك كان اول حج
النبي صلى الله عليه وسلم ولم يستقر احكامه عندهم بعد فعذروا في حكم
الاثم والمراد ببلوغ الهدي محله ذبحه قال ابو عمر ابن عبد البر محله
هنا نحره وقال الحافظ عبد الغني اختلفوا اصحاب الشافعي في تقديم
الحلق على الرمي وبنوه على اختلاف القولين في الخلاف هل هو نسك
او استباحة محظور وعليه دم لانه وقع قبل التحلل وراي ابو حنيفة
وزفر ومالك انه نسك وجب به دم لانه لا خلاف فيه انه محظور في
اثنا الحج كالوطء قبل الوقوف فلهذا اوجبوا الدم بفعله قبل اوان
التحلل ولان الله تعالى اوجب الفدية على من حلق قبل محله للضرورة
فكيف حكم الحلق قبل محله عند عدم الضرورة عن الهدي ثم ان ابن عباس
رضي الله عنهما روى ذلك عن النبي عليه السلام واوجب الدم بالتقديم
والتاخير على ما ذكرنا عنه فعلم ان المراد به الاثم لعدم التعمد في ذلك روى
ذلك عن ابن عباس ابو جعفر احمد الحافظ الطحاوي وابن المنذر وابن حزم
في المحلى وفي حديث ابي سعيد الخدري كما تقدم ثم قال صلى الله عليه وسلم
عباد الله وضع الله الحرج والضيق وتعلموا مناسككم فانها من دينكم خرجه
الحافظ ابو جعفر الطحاوي وقال دل على ذلك ان رفع الحرج والضيق انما
كان لجهلهم بامر المناسك لا للتخيير في افعال المناسك وقوله في الكتاب وله
حديث ابن مسعود رضي الله عنه من قدم نسكا على نسك فعليه دم ليس اصل
وانما ذلك عن ابن عباس كما ذكرته عن الطحاوي وابن المنذر وابن حزم ولان
التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام بعد مجاوزة
الميقات فكذا التاخير عن المكان فيما هو موقت بالزمان قال ابو جعفر
لعل الذي حلق قبل الذبح كان مفردا لانه قدم على ذبح غير واجب ولا
شيء عليه ولما لم ينف قوله لا حرج عليه وجوب الدم عند ابن عباس الراوي
فكذا عند ابي حنيفة وزفر ومالك **قوله** وان حلق في ايام النحر في غير
الحرم فعليه دم ومن اعتمر وخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا شيء عليه قال صاحب الكتاب

ذكر

<<

ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكر في الحاج قيل هو بالاتفاق
لان السنة جرت في الحج بالحلق في منى وهو من الحرم والاصح انه على الاختلاف
وفي الجامع الصغير لقاضيخان الحلق في الحج يتوقت عند ابي حنيفة رحمه
الله بالحرم وبايام النحر وعلى قول ابي يوسف لا يتوقت بواحد منهما وعلى
قول محمد يتوقت بالحرم دون ايام النحر وعلى قول زفر يتوقت بايام النحر
دون الحرم ولم يحك خلافا عن ابي يوسف في الحج بل ذكر قوله وقال انه لا
يتوقت في الحج بالحرم ولا بايام النحر واجمعوا على ان الحلق في العمرة لا يتوقت
بالزمان كنفس العمرة ويتوقت بالحرم عند ابي حنيفة ومحمد حتى لو حلق
في غير الحرم يلزمه دم عندهما وعند ابي يوسف لا يتوقت ولا يلزمه شيء
بالحلق في غير الحرم وقال احمد في رواية اذا اخر الحلق عن ايام النحر يلزمه
دم وفي المنهاج للنواوي ما لزم من الدما بترك واجب او بفعل حرام وقت
ذبحه وقت ذبح الاضحية ولو رجع الى اهله حلق وعليه دم عندنا وهو
قول الثوري ومالك واسحق ابن راهويه واحدى الروايتين عن ابن حنبل
وعن عطا لا شيء عليه وبه قال ابو يوسف وابو ثور وعند الشافعي لا يختص
بالحرم في الاظهر ذكره النواوي في المنهاج احتج ابو يوسف والشافعي
بانه صلى الله عليه وسلم مع اصحابه حصروا بالحديبية وحلقوا في غير
الحرم ولهما ان الحلق نسك فيختص بالحرم كسائر مناسك الحج الا الوقوف
للاجماع وقوله كالذبح غير مسلم عند ابي يوسف قال القرطبي في شرح
الموطا كان عطا يقول لم ينحر رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه يوم
الحديبية الا في الحرم وهو قول محمد ابن اسحق قال صاحب المغازي
ان مضارب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت في الحل ومصلاه كان في الحرم
ولابي حنيفة ان هذه الافعال لم تكن نسكا وقربة الا في ذلك المكان وفي
ذلك الزمان فيختص بهما واخر اجماعهما يوجب نقصا ونقايص الحج
يجبر بالدما وان خرج من الحرم ولم يحلق ولم يقصر حتى عاد الى الحرم
وحلق او قصر فلا شيء عليه في قولهم لانه اتى به في مكانه وزمانه وان
حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان دم بالحلق قبل اوانه ودم بتاخير
الذبح عن الحلق ثلث وجب دم القران ايضا فصارت الدما ثلاثة عنده
وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بالتاخير شيء ويجب دم
القران ايضا عندهما فصار الواجب دمين عندهما وقال ابو جعفر

الطحاوي في شرح الاثار القارن اذا حلق قبل ان يذبح فعليه دم وقال
زفر دمان فعلى هذا ينبغي ان يكون الواجب عند زفر اربعة دماء دمان
للقران للحلق قبل اوانه بجماع القران ودم بتاخير الذبح كما قال ابو حنيفة
ودم للقران قال الحافظ انما يجب على القارن بجنايته دمان اذا كانت
حرمة كل واحد من الحج والعمرة يوجب دما عند الانفراد مثل جماع
القارن فانه يوجب دمين وكذا قتله الصيد واما حلقه قبل الذبح
لم يجز بسبب العمرة وحدها ولا بسبب الحج وحده لان الذبح غير
واجب عليه وانما حرم بسببها وحرمة الحج بينهما لان الذبح به يصير
واجبا فلا يجوز تقديم الحج عليه بخلاف الجماع وقتل الصيد وغيرهما من
محظورات الاحرام فان كان واحد منهما اعني الحج والعمرة يوجب الدم
عند الانفراد فعند الاجتماع يجب به دمان وفي الحواشي اختلفت
عبارات المشايخ في تخريج هذه المسلة بعضهم قال عليه دم واحد
بحكم القران ثم انه اخر الذبح عن الحلق ومن حقه التقديم ثم قال علي من
قال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق
فلهذا اوجب دمان عنده وعندهما دم واحد وقال بعضهم دم القران
واجب اجماعا اي اتفاقا من اصحابنا وهو قول عبد الله بن مسعود وابن
عمر ومالك والشافعي وابن حنبل وغيرهم من فقهاء الامصار وعن الحسن
بن علي وشريح وداود وابنه ابي بكر محمد بن داود لا دم على القارن
ذكر ذلك النواوي قال وجب دم اخر ايضا بالاجماع للجناية على الاحرام
لان الحلق انما يحل بعد الذبح على ما تقدم قال احمد ابن حنبل هذا
الترتيب واجب كما رتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال خذوا
عني مناسككم وقال الواجب دم اخر بتاخير الذبح للحلق عند ابي حنيفة
وهذا اشارة الى ان الواجب عليه دمان عنده سوى دم القران قال
وقال في الجامع الحنفي عليه دمان للقران ودم للحلق قبل الذبح
وقالا ليس عليه الا دم القران وقال شيخ الاسلام في مبسوطه
عليه دمان عند ابي حنيفة احدهما دم القران والاخر دم الجناية
على احد الاحرامين على سبيل التمام فيكون جناية ولم يجب بتاخير
الذبح عن الحلق شيء لانه ليس بتاخير عن وقته لبقاء ايام النحر وانما
ترك الترتيب وهو لا يوجب دما عنده كما لو قدم الطواف على الحلق

او

او ترك الترتيب في الجمار وذلك يوجب دما عنده والدم الواجب بالحلق
لا بترك الترتيب قال ويمكن ان يقال وجوب الدم بتفويت الترتيب
لا بالتقديم والتاخير لان الحلق والذبح في ايام النحر ليس بجناية باعتبار
ذلك اذ وقتها قائم فلا يوجب الا دما واحدا بخلاف ساير جنايات القارن
والوجه في ذلك ما ذكرته عن الطحاوي وفي المحيط قارن حلق قبل ان يذبح
فعليه دمان عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما عليه دم واحد
واصله ان دم القران واجب على القارن فلما قدم الحج على الذبح فقد اخر
الذبح عن وقته والتاخير موجب للدم عنده وعندهما غير موجب مسئلة
فرايض الحج ثلاث منها ركنه اثنان الوقوف بعرفات وطواف الزيارة والاخر
فرض وهو شرط وهو الاحرام وعند الشافعي اركانه خمسة الاحرام والوقوف
بعرفة وطواف الزيارة والسعي والحلق ان جعل نسكا وعند مالك اركانه اربعة
الاحرام هو شرط عنده كقولنا والوقوف بعرفة وطواف الافاضة والسعي
وزاد عبد الملك الجمرة العقبة وعن ابن حنبل روايتان احدهما كقول الشافعي
والثانية ان السعي بين الصفا والمروة سنة عنده وواجباته على ما ذكر شمس
الايمة الحلواني في مبسوطه خمس السعي بين الصفا والمروة والوقوف
بالمزدلفة ورمي الجمار والحلق في وقته وطواف الصدر وزاد في المحيط اخر
وهو وقوف جزء من الليل هذا في حق من وقف نهارا ثم ذكر فيه واجبات اخر
غير ما ذكر وهي احد عشر واجبا فصارت الواجبات سبعة عشر واجبا
لكن بعضها في صفات الفرايض فالواجب السادس الاحرام من الميقات في حق
الافاقي وكذا الاحرام من مكة في حق من كان والسابع الاشواط الزايدة على
اربعة في طواف الزيارة فانها واجبة تنجبر بالدم عندنا خلافا للايمة الثلاثة
والثامن القيام في الطواف فانه واجب عندنا وعند الشافعي مستحب والتاسع
المشي فيه حتى لو طاف راكبا او محمولا على عنق انسان او في محفة ان كان لعذر
فلا شيء عليه كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لوجع اصابه على ما تقدم
وبغير عذر يلزمه اعادته ما دام بمكة وان لم يعد فعليه دم ولو طاف زحفا
فعليه دم ولو نذر ان يطوف زحفا لا يلزمه شيء بترك التمام وقيل عليه
اعادته والدم ان لم يعد والعاشر الطواف من وراء الحطيم وهو الحجر
وهو الواجب ينجبر بالدم والحادي عشر الاخذ على اليمين وجعل البيت
على اليسار واجب فيه وابتداؤه من الحجر سنة وهو قول مالك قال في سند

في الطراز وعند محمد في الرقيات انه فرض والثاني عشر الطهارة من الحدث والجنابة والحيض والنفاس والثالث عشر ستر العورة فيه واجب يلزمه بتركه الدم والطهارة من النجاسة سنة فيه وفي المنتقى لو غمس ثوبه كله في البول فهو بمنزلة العريان وفي مناسك النووي الموالاة فيه سنة وليست بواجبة على الاصح كقول اصحابنا ولو احدث فيه عمدا توضا وبنى على الاصح وهو خلاف حكم الصلاة ولو ظهرت شعرة من شعرات الطائفة او ظفر من اظفار رجلها لم يصح طوافها كالصلاة فاذا طافت كما تقدم رجعت بغير حج صحيح لها ولا عمرة وفي الملامسة للترجمة لو لمس الرجل بشرة المراة انتقضت طهارة اللامس وكذا الملموس على الاصح عند اكثر اصحابه وهو نصه في اكثر كتبه وكذا النجاسة في مطافه من جهة الطير وغيرها وقد ترك قوله اكثر اصحابه لاجماع السلف والخلف على تركه ولو استقبل البيت بوجهه وطاف معترضا او جعل البيت عن يمينه الى جهة الباب لم يصح طوافه على الاصح وكذا لو مر معترضا مستدبرا للبيت لم يصح على الصحيح وليس شيء من الطواف يجوز مع استقبال القبلة عكس الصلاة الا ما له الحجر الاسود في ابتداء طوافه مستحب فيه ويكره الاكل والشرب في الطواف ولا يبطل لانه عنده فلم يجعله كالصلاة وقد شرب رسول الله صلى الله عليه وسلم الماء في طوافه رواه ابن المنذر وذكر في المغني ولو كان صلاة لبطل ابدا او في حكم الصلاة لما فعله صلى الله عليه وسلم وفي الذخيرة القرافية للطواف شرائط تسع طهارة الحدث والجنب وستر العورة وقال الشيخ شهاب الدين القرافي وجواب ابي حنيفة رضي الله عنه ان القياس في معرض النص فاسد قلت عنه اجوبة الجواب الاول ان ذلك مختلف فيه فيمنع والثاني انه ليس نصا في اشتراط الطهارة والثالث غير ثابت وقد تقدم الكلام عليه فيجب العمل بالقياس والعمل بالحديث الضعيف وترك القياس غير جائز والجواب الرابع ان اشتراط الطهارة زيادة على النص بخبر الواحد الثابت لا يجوز عندنا لانه نسخ الكتاب بخبر الواحد لا يثبت اجماع والخامس في المدونة ان من طاف الطواف الواجب وفي ثوبه او على جسده نجاسة لم يعده فبطل دعواهم انه صلاة وقال اشهب اعادته بسبب النجاسة غير واجبة وقد ذكرنا غيره للائمة المنقوض والشرط الرابع الموالاة وقد كان ابن القاسم يغتفر الشرطين لان القليل تبع للكثير

ثم

ثم قال ما كنت لو خرج لصلاة الفريضة لا يبطل طوافه قلت ان كان يقتدي بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ينبغي ان يبطل فانه صلى الله عليه وسلم لم يخرج لذلك ولا اذن فيه فقد تناقض قوله في اشتراط الموالاة ولو خرج لجنازة فعند اشهب مع الاكثر يبني ويروى ذلك عن ابن عباس وعبد الرحمن بن ابي بكر خرجه البخاري وهو قول عطا وابراهيم ومجاهد وكذا لو رعف يتوضا ويبني ذكر ذلك كله سعيد بن منصور والسادس الترتيب وباب البيت وجه البيت فلو جعل الحجر على يمينه لاعترض عن وجه البيت ولو جعله عن يساره لاقبل الباب على الباب الذي هو وجهه فلا يليق بالادب للاعراض عن وجوه الاماثل وتعظيم بيت الله تعالى تعظيم لله تعالى قلت هذا الذي قاله من الموعظيات لا فقه ولا اعتبار به بالاجماع لان الطائف بالبيت جعل يساره الى باب البيت ومن جعل يساره الى الاماثل بدون الاقبال عليهم بوجهه فهو معرض عنهم عند العقلاء وجب ذلك في الطواف حتى لو اقبل بوجهه الى البيت وطاف معترضا بطل طوافه عند الشافعي ولو بدا بالركن اليماني ورجع الى اهله فخرج من مكة اجزاه البعدي لقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق وهذا قد طاف به والسابع لا يعتد بما طاف في الحجر ويبني على ما طاف خارجا منه والثامن لا يجزي الطواف خارج وهذا اجماع ويجزي في السقايف ومنعه اشهب وقال ابو محمد بن حزم لا يجوز التباعد عن البيت عند الطواف الا لزحام قال لان التباعد عنه عمل خلاف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وحيث لا معنى له فلا يجوز قال ابن عبد الحق ليت شعري ما الذي جعل فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واجبا في هذا الموضع دون سائر افعال الحج ومن مذهبه ان فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس بواجب على الاطلاق وانما الواجب امره فكيف يحتج على ترك التباعد بفعله صلى الله عليه وسلم ان غير الجائز هو الحرام وقوله انه غير باطل كيف يكون ذلك عبثا وهو طواف البيت بنية القربة والعبادة ومن اين يلزم ان يتقرب ولا يبعد ثم يقال له ما حد القرب الواجب والبعد المحرم فان حد حدا فهو تحكم وان لم يحد فقد اوجب شيئا لا يعلم ولو قال هذا غيره لسل لسانه وشنع كل التشنيع انتهى كلام ابن عبد الحق والتاسع البداءة بالحجر عند بعض المالكية والعاشر ايصال الركعتين بالطواف لكن الشرط لا يجوز تاخيره عن المشروط والاظهر وجوب الركعتين ولا خلاف بين ارباب المذاهب انهما ليستا فرضا وجبران بالدم عند مالك ولا دم عليه عند الائمة الثلاثة والواجب

الرابع عشر المشي بين الصفا والمروة في اكثر اشواطه واجب ينجبر بالدم والواجب
الخامس عشر ان يكون السعي بين الصفا والمروة بعد طواف معتد به حتى لو
خالف ذلك ورجع الى اهله لزمه دم، والسادس عشر طواف الزيارة في ايام
النحر واجب عند ابي حنيفة حتى لو اخره عنها يلزمه دم، والواجب السابع عشر
قد تقدم وهو وقوف جزء من الليل وذكر في خزانة الفقه لابي الليث خمسين
خصلة توجب الدم وهو لا يجب الا بترك الواجب وفعل المحرم اكثر في محظور
الحج من التطيب ولبس المخيط الى غير ذلك وترك بعض الواجبات كما ذكرناه
وقال ايضا توجب الصدقة عشرون خصلة او ستا وما عدا ما ذكرناه
سنن واداب كطواف القدوم والرمل في الطواف والاضطباع فيه
والهرولة في السعي والموالاة في الطواف والسعي والمبيت بمنى ليالي
الرمي والرجوع الى الحجر الاسود في ابتدا السعي واستلام الحجر والادعية
التي مرت في الطواف والسعي وغير ذلك مما قدمناه والمشي على هينته
في الاربعة الباقية من اشواط الطواف والصعود على الصفا والمروة
والسعي ودخول البيت يستحب وقال ابو الليث السنة المؤكدة التي
بتركها يصير الحاج مسيئا ولا يجب عليه بذلك دم ولا صدقة اربعة
طواف القدوم عند الامكان والرمل في الطواف والهرولة في السعي
والبيتوتة بمنى، ومكروهاته كثيرة مثل احرامه قبل اجرا وه قبل
اشهر الحج وانشاد الشعر في الطواف والمبيع والشراء فيه والحديث
الا لحاجة او كان ثوبه نجاسة اكثر من قدر الدرهم واستقبال البيت
في طوافه واسد باره والمشي فيه متقنعا والاكل والشرب فيه والتلثم
فيه للرجال دون النقاب للمراة وغير ذلك من المكروهات والله اعلم

فصل قوله اعلم ان صيد البر محرم على المحرم
وصيد البحر حلال وهذا الاختلاف فيه بين اهل العلم واجمعوا على تحريم
قتل صيد البر على المحرم وتحريم اصطياده وكذا نقل الاجماع النواوي
وابن قدامة في المغني ويدل عليه قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم
وهو جمع حرام بمعنى محرم وقال النواوي والعراقي جمع محرم وليس
بصحيح من جهة الصناعة وهو الكشاف كما ذكرته وقد ثبت من قوله
صلى الله عليه وسلم انه قال في الحرم ولا ينفر صيدها يعني مكة وقال تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما والصيد مصدر فدل على حرمة

الاصطياد

الاصطياد لصيد البر ويجوز ان يكون بمعنى الصيد فدل على حرمة اخذه
والتعرض اليه واجمعوا على صيد البحر لقوله تعالى احل لكم صيد البحر
قال الكرماني في مناسكه الذي ترخص للمحرم في صيد البحر السمك خاصة
لانه هو الصيد الحلال عندنا ولا ياخذ ما سواه ومثله في خزانة
الاكمل قلت ان اخذ ما سواه من موذيات البحر لقتله كالتمساح ونحوه
فهو اولى وفي المحيط صيد البحر كل ما يعيش في الما ماكولا كان او غير
ماكول ويحل قتله وصيده وطير البحر كطير البر لا يحل صيده للمحرم
وفي البدايع الطيور كلها من صيد البر وفي المحيط الصيد هو
الحيوان المتوحش الممتنع بجناحه او قوايمه في اصل الخلقة وصيد
البر ما يكون توالده ومثواه اي مقامه في البر وصيد البحر ما يكون
توالده ومثواه اي مقامه في البحر والمعتبر التوالد لانه الاصل
والكينونة بعده عارض على ما ياتي ولا فرق بين حيوان البحر الملح
وبين الانهار والعيون والحيوان الذي يعيش في الما على ثلاثة انواع
احدها ما لا يعيش الا في الما وهو السمك وشبهه وهذا الاجزا فيه
بلا خلاف والثاني ما يعيش في الما وغيره الا ان اكثر مثواه في الما كالسرطان
والسلحفاه البحريه والضفدع لا شي فيها ومن غلطا فيها الجزا
والثالث ما يكون اقامته في البر ومعاشه وكسبه في الماكل الطيور
ففيه الجزا كما ذكرناه وهكذا في المغني عن ابن حنبل قال الشافعي
على ما ذكره النواوي صيد البحر ما لا يعيش الا في البحر وما يعيش فيهما
حرام كالمتولد من ماكول وغيره والطيور المائيه التي تغوص في
الما وتخرج منه محرمة وفي الذخيرة قال مالك عليه في قتل
طير الما الجزا واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق
وهي الكلب العقور والذيب والحداه والغراب والحيه والعقرب
فصارت على ما عده صاحب الكتاب ستا والاصل فيه حديث سالم ابن
عبد الله عن ابيه قال سيل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ما يقتل المحرم
من الدواب فقال خمس لا جناح في قتلهن على من قتلهن في الحل والحرم
العقرب والفارة والغراب والحداة والكلب العقور اخرجه مسلم
والنسائي وابو داود واخرج البخاري ومسلم والنسائي من حديث عبد
الله بن عمر عن اخته حفصة وعن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى

الله عليه وسلم قال خمس قتلهن حلال في الحرم الحية والعقرب والحداة والفأر
والكلب العقور رواه ابو داود وفي اسناده محمد بن عجلان وفيه ومن
ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ما يقتل المحرم قال
الحية والعقرب والفويسقة ويرمي الغراب ولا يقتله والكلب العقور
والحداة والسبع العادي اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه
وحسنه الترمذي وفي اسناده يزيد بن ابي زياد وقد تكلم فيه قال
النووي وهو ضعيف جدا وعن عايشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال خمس من الدواب كلهن يقتلن في الحل والحرم الغراب والحداة
والعقرب والفارة والكلب العقور رواه البخاري ومسلم وعن ابن عمر
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن
جناح الغراب والحداة والعقرب والفارة والكلب العقور رواه
البخاري ومسلم وفي رواية لمسلم في الحل والحرم وعن ام شريك رضي الله
عنها انه صلى الله عليه وسلم امر بقتل الاوزاغ وسماها فويسقا رواه مسلم
فايده امر صلى الله عليه وسلم بقتل الحية في الحل والحرم لانها ابدت
جوهرها الخبيث حين خانت ادم عليه السلام بان ادخلت الجنة ابليس بين
فكيها ولو كانت مبرة لم يتركه رضوان خازن الجنة ان يدخلها وقال لها
انت في ذمتي فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلها والفار ابدت
جوهرها بان عمدت الى حبال سفينة نوح عليه السلام فقطعتها
والغراب ابدى جوهره حيث بعثه نبي الله نوح عليه السلام من السفينة
لياتيه بخبر الارض فترك امره واقبل على جيفة والوزغة نفخت على نار
ابراهيم عليه السلام من بين ساير الدواب فلعنت وفي صحيح مسلم عن ابي هريرة
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من قتل وزغا في اول ضربة كتبت
له مايه حسنة وفي الثانية دون ذلك وفي الثالثة دون ذلك وقيل سميت
الفارة فويسقة لخروجها من جحرها لاذية الناس وامتنانها في اموالهم
بالفساد واصل الفسق الخروج ومنه سمي الخارج عن الطاعة فاسقا وفسقت
الرطبة اذا خرجت عن قشرها وقيل سميت الفواسق لخروجهن عن السلامة
منهن الى الاذى وقيل لخروجهن عن الحرمة والامر بقتلهن وقيل لخروجهن
عن الانتفاع بهن والمراد بالغراب هو الذي ياكل الجيف وهو الابقع
مروي عن ابي يوسف وفي حديث عايشة وحفصة الغراب الابقع ذكر

في

في الامام وفي حديث عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم اربع كلهن فاسق
تقتل في الحل والحرم الحداة والغراب والفارة والكلب العقور ذكره
في الامام والغراب الذي ياكل الجيف وهو الذي نهى صلى الله عليه وسلم
في الحديث عن قتله وفي المحيط والبدايع والمستصفى الفواسق
هي الذيب والاسد والفارة والغراب والحداة والحية والعقرب
زاد في البدايع الفهد والنمر وقال العقرب يقصد باللدغ
ويتبع الحس وكذا الحية تقع على دبر البعير وهو عقر وصاحبه
قريب منه وينقب الغرابر وكذا الفارة تسرق اموال الناس وتضرم
عليهم بيوتهم وهي كثيرة الفساد والكلب العقور شانه الوثوب
على الناس وعقرهم ابتدا قال وهذا المعنى موجود في النمر وفي الاسد
والذيب والفهد بل اشد فكان ورود النص في الكلب العقور
ورودا فيما ذكرناه ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم والسبع
العادي في حديث ابي داود والترمذي الذي قال فيه حديث حسن
وقال الشيخ ابو بكر الرازي الفواسق الخمس استثنيت من الحظر فلا
يقاس عليها الا ان يكون عليها مذكورة فيعم بتلك العلة وعليه اباحة
الخمس غير مذكورة قال ومن اصحابنا من يابى القياس في مثله لان الشرع
حصرها بعدد ومنهم من منع الاعتلال بكونها غير ماكوله لان العدم
والنفي لا يصلح علة وانما العلل اوصاف ثبوتية في المعلول وان غير
فقال لانها محرمة للاكل لم يصح ايضا لان التحريم هو الحكم بنفي الاكل
وفي رواية السبع العادي هو الذيب قال ابو بكر وفي رواية عن ابن عمر
ذكر في موضع الكلب العقور الذيب قلت هذا هو المناسب لسياق
الحديث وقال ابو داود الكلب العقور الاسد وفي خزانة الاكمل
والكرماني والتحفة وعامة الكتب ان السبع مضمون ان لم يبتدي
بالاذى كما ذكره صاحب الكتاب وفي المحيط الضب واليربوع والسمور
والدلق والسنجاب والقرد والخنزير والفيل صيود يجب الجزا بقتلها
وكذا في البدايع والسباع كلها صيود ويطلق عليها اسم الصيد
قال عنترة العبسي صيد الملوك ارانب وثعالب فاذا ركبت
فصيدي الابطال فسمى صيد الثعالب صيد الملوك وان كان لا يوكل
لحمه ولان غيرها لو كان قتله جايزا لبينه صلى الله عليه وسلم ان لا جوز

تاخير البيان عن وقت الحاجة فثبت بالقران تحريم الاصطياد وبالسنة
تحريم قتل ماعدا الخمس والفرق بين الفواسق الخمس وبين هذه الاشيا
ان ضررها لا يصل الينا لبعدها عنها فاشبهت اليربوع قال ابو عمر
ابن عبد البر اليربوع دويبة لها اربع قوايم وذنب تجتر كما تجتر الشاة
وهو من ذوات الكرش وهو موذ بطبعه والضبع اشد وهو من الكواسر
المفترسه النباشه للقبور المعروفه تاكل الموتى وقد نهى عليه
السلام عن اكل كل ذي ناب من السباع لكن لما لم تتصل الينا لبعدها عنا
كانت مضمونة وهي اسم للانثى والذكر ضبعان والكلب الاهلي والوحشي
سوا لانه اهلي في الاصل وفي السنور روايتان عن ابي حنيفة روى هشام
عنه ان فيه الجزا وروى الحسن عنه انه لاشي فيه كالاهلي وقال ابو
الحسن بن بطال في شرح البخاري عن الشافعي لا جزا في قتل ما لا يوكل
لحمه قال ولا اعتبار في اكل لحمه في وجوب الجزا فان الحمار المتولد بين
الاهلي والوحشي لا يوكل وفيه الجزا وكذا الثعلب لا يوكل وفيه الجزا
واوجب في الهدهد والوطواط القيمة ذكره النواوي وهما لا يوكلان
ذكره البيهقي وابطلوه بالسمع بكسر السين وسكون الميم وهو المتولد
بين الذيب والضبع والمشهور عند المالكيه اباحة قتل الحداه
والغراب وان لم يبديا بالاذى ويوكل لحمهما عند مالك ويجب الجزا بقتلهما
ذكره القرطبي وعن الحكم وحماد لا يقتل المحرم الحية والعقرب وهو قول
مخالف للنص والغراب الابقع الذي في ظهره وبطنه بياض والغراب
الادرع والدرع الاسود والاعصم هو الابيض الرجلين وروى المنع
عن مالك وقال ابن القاسم ان اذت قتلت والا فلا تقتل وهو خلاف السنة
وقال اشهب ان قتلهما من غير ضرر وداهما وفي السبع لا جزا عند مالك
ويجب في اسالهما وعند الشافعي لا شي في الكل الا ان ابتدا بالاذى
دليله المنع فاشعا تفترس او جب فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم كبشا
واباح مالك قتل صغار الفار والحية والعقرب وما نتج قبل الاسباد
مع كون السبع من الفواسق عنده وصغار القربان لا تقتل عنده قوله
واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزا اما الجزا بالقتل
فاجماع من الامة واما بالدلاله فان المحرم اذا دل حلالا على الصيد
فاتلفه فالجزا كله على المحرم عندنا وروي ذلك عن علي وعبد الله بن عباس

وعطا

وعطا ومجاهد وبكر المزني واسحق ذكر ذلك كله في المغني قال الحافظ ابو جعفر
وهو مروي عن عدة من الصحابة ولم يرو عن غيرهم خلافه فكان اجماعا وفي
الكتاب قال عطا اجمع الناس على ان على الدال الجزا وقال مالك والشافعي
لاشي على الدال كقتل الادمي بالدلاله واتلاف ماله بها وكدلالة
الحلال حلالا على قتل صيد الحرم ذكره في المبسوط وغيره وهذا بخلاف
المودع اذا دل سارقا على الوديعة التي تحت يده حيث يجب عليه ضمانها
لانه التزم حفظها باثبات يده عليها بخلاف المحرم ولنا حديث ابي قتاده
الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاصحابه هل منكم احد امره
ان يحمل عليها او اشار اليها متفق عليه ولان الصيد امن بتواريه عنا
وبعده عن اعين الناس واختفايه وقد التزم باحرامه ترك التعرض
اليه والدلاله تزيل امنه وتجعله عرضة للاخذ فكانت من محظورات
احرامه فيلزمه الجزا كالمودع اذا دل سارقا على الوديعة لكن يتوقف
تاثيرها على القتل بالدلالة فاذا لم يقتله لا يضمن الا بعد قتل
الولي لانه قد تسبب لقتله واتلافه فصار كنصب الاحبولة وفي المبسوط
وجوب الجزا على الدال استحسانا عندنا لايجاب عمر وعبد الرحمن بن عوف
الشاه على المحرم بالاشارة وعن علي وابن عباس انهما اوجبا على المحرم
الذي دل على بيض النعامه جزا والقياس يترك بقول فقها الصحابه
لاسيما اذا عملوا بخلاف القياس اذ مستندهم في ذلك السماع حينيذ لعدم
وجود القياس فيه وقد ثبت فيه ان الدلاله كالقتل في حرمة اكله ولانه
بعقد احرامه التزم ترك التعرض الى الصيد فاشبه المودع وفرقهم
بالقبض في الوديعة لخوفان صاحب المال لو استحفظه بوضعها بمراى
عينيه كان الحكم فيهما واحدا وكذا المحرم بالتزامه عدم ازالة امنه قام
مقام المودع بخلاف الدلاله على سرقة مال الغير لانه لم يلتزم ذلك
بعقد ولا بغيره فان التعرض اليه فقد زال امنه الملتزم من جهته
والتزام امنه كالتزام حفظ الوديعة لو دل حلال حلالا على صيد الحرم
ثم دل المدلول حلالا اخر فقتله فعلى القاتل ثلث قيمته وعلى الدالين ثلثها
ولو امره بقتله فلم يقتله وامر به غيره فقتله فعلى القاتل قيمته وعلى
الامر نصفها ولا شي على الامر الاول قال ذكره في الهاروني ثم الواجب في مال
الغير ونفسه ضمان المحل فيجب على من اتصل فعله بالمحل وهو القاتل لا الدال

ولهذا لا يجب القصاص ولا الدية على الممسك بل يجب على القاتل عندنا وعند
الشافعي بخلاف الصيد في حق المحرم والواجب على المحرم كفارة الجناية
فلا اعتبار لايصالها بالمحل والحلال لا يضمن بالدلالة عندنا وعند زفر
يضمن وهو رواية عن ابي يوسف لان الواجب على الحلال بدل على المحل
ولا يجب ذلك الا على من التزم الحفظ ولو امره باخذه فامر المامور اخر
فقتله يجب على الامر الثاني دون الامر الاول لان المامور الاول امتثل
امر الامر الاول لانه امره بالاخذ دون الامر به فلو حل الدال من
احرامه قبل اخذ المدلول الصيد فلا شي عليه لانه يصير اخذه
كاخذ الدال وفي الخزانة بالمباشرة والدلالة بكسر الدال وفتحها
والمدلوله بضمها ثلاث لغات والاجبوله بضم الهمزة والحباله الشبكه
والمشهور الثاني ذكره النواوي في شرح المهذب وقوله والدلالة
الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد الى اخره وقد
تقدم مستوفى في باب الاحرام **قوله** وسوا في ذلك الناسي والعامد
والمبتدي والعائد اعلم ان هذا قول جمهور اهل العلم منهم عمر بن
الخطاب وعثمان بن عفان والايمة الاربعة وغيرهم من فقها الامصار
وقال الحسن البصري وغيرهم ومجاهد اذا قتله متعمدا ذاكرا لاحرامه
فلا شي عليه وهو خلاف نص القران قال الله تعالى ومن قتله منكم متعمدا
فجزا مثل ما قتل من النعم والذاكر لاحرامه متعمدا وقال ليذوق
وبال امره والمخطي والناسي لا عقوبة عليهما وقال عز من قايل ومن
عاد فينتقم الله منه والناسي والمخطي لا يلحقهما الوعيد وهو عجب
منهما وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان لا يرى في الخطا شيا وهو
قول طاوس وسالم وابن المنذر ورواية عن احمد والصحيح وجوب
الجزا في الكل قال الزهري على المتعمد بالكتاب وعلى المخطي بالسنه
وعن عمرو بن دينار قال رايت الناس يغرمون في الخطا وعن عمر مثله
وعن ابن مسعود انه قضى في اليربوع في الخطا بجفرة ولان جنايات
الاحرام لا تختلف فيها المعذور وغيره في وجوب الفدية الا ترى
ان الله تعالى قد عذر المريض ومن به اذى من راسه ولم يخلهما عن الكفارة
وكذا الاختلاف في فوات الحج بعذر وبغيره قال ابو بكر الرازي وفايده
تخصيص العمد بالذكر ما في نسق التلاوة من قوله ومن عاد فينتقم الله منه

وقوله

وقوله ليذوق وبال امره فان قيل لا يجوز وجوب الكفارات عندكم بالقياس اثبات
وليس في المخطي والناسي نص قال الشيخ ابو بكر ليس هذا عندنا قياسا لان النص
قد ورد بالنهي عن قتل الصيد في قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وذلك عندنا
يقتضي ايجاب البدل على متلفه كالنهي عن قتل صيد الادمي واتلاف ماله
فانه يقتضي ايجاب البدل على متلفه وكذا احكامنا في غير بريرة بما حكم به
رسول الله صلى الله عليه وسلم في بريرة ليس بقياس وكذا قوله عليه السلام
من اعتق شقصا له في عبد فحكمه في الامة ليس بقياس وكذا الحكم في الزيت
بحكم السمن اذا مات فيه فارة وكذا الحكم ببقا صوم الاكل ناسيا هو حكم منه
ببقا صوم المجامع ناسيا لانهما غير مختلفين فيما يتعلق بهما من الاحكام
في حال الصوم وكذا سبق الحدث في الصلاة من بول او غايط بمنزلة
الرعاف والقي اللذين جا فيهما الحديث في جواز البنا وليس بقياس
فالحكم الوارد في ذلك حكم في جميع صوره ذكر ذلك كله في احكام القران
فان قيل لما نص الله تعالى على كفارة قتل الخطا لم يرد وابتل العمد
الله كذلك لما نص على قتل العمد للصيد بايجاب الجزا لم يجب ايجابه
على قاتل الخطا الجواب ان الله تعالى لما نص على حكم كل واحد من
القتيلين وجب استعمالهما فيهما ولم يجب اعتبار احدهما بالاخر لان المنصو
صات لا يجوز اعتبار بعضها ببعض لعدم الحاجة الى ذلك ولما فيه من
ابطال النص ولا نص في الصيد الا في عمده ولان احكام القتل مختلفة
في العمد والخطا من القصاص والدية على القاتل والعاقلة والمباح
والمحظور ولم يختلف ذلك في الصيد فلم يحتج الى النص في كل واحد من القتيلين
فكذلك استوى فيه حكم العمد والخطا ولانه لما وجب الجزا وهو كفارة
في العمد ففي الخطا اولى ولو كان على العكس لما وجب في العمد لان الكفارة
كفارة كما ذكرناه في الخطا دون العمد كما في قتل الادمي ويمين الغموس
على اصلنا واصل مالك وابن حنبل ثم قتل الصيد على ضربين محظور
ومباح فالمحظور قتله بغير سبب يبيحه ففيه الجزا بالنص والمباح
انواع ثلاثة احدها ان يضطر الى اكله فيباح بغير خلاف فيضمن قيمته
وجد غيره او لم يجد كما اذا اكل مال غيره في المخمصة وقال الاوزاعي لا يضمنه
اذا قتله في حال الضرورة والجمهور اعتبروه بحلق الاذى وقال الاذى
ناسيا اذا صال عليه ولم يمكنه دفعه فقتله فلا شي عليه وقال زفر عليه

الجزا كالجمل الصايل ولان حرمته لو سقطت لسقطت بفعله وفعل البهيمة لا
راي هدر ونقل ابو بكر من الحنابلة وجوب الجزا عن ابي حنيفة رضي الله عنه
واخطا في نقله ولنا انه لما ابتدا بالاذى التحق بالموذيات طبعا فسقطت
عصمته بالبعا اذا خلص صيدا من سبع او شبكه فتلف بذلك فلا شي عليه
لانه قصد اصلاح حاله وبه قال عطا وهو رواية عن ابن حنبل وعنه
يضمن وهو قول قتادة ولو ابعدا لو حفر بيرا للما او تنورا للطبخ فوقع
في ذلك صيد فلا جزا عليه ولو كان الاصطياد يجب الا اذا حفر الذيب او
للاصطياد الذي شرع باباحة قتله فوقع فيه غيره فمات فلا جزا عليه
لعدم التعدي وكذا لو ارسل كلبه على موذ فاخذ غيره لا يضمن ذكره في
الاسبيجابي وفي شرح المهذب لو لم يكن هناك صيد فارسل المحرم كلبه
او حل رباطه فاخذ صيدا ظهر ضمنه على الاصح بخلاف ما لو اغراه على ادمي
فقتله فلا ضمان عليه ولو نفر الصيد منه من غير قصد الى تنفيره فاخذه
سبع او صدمته شجرة او غيرها لزمه ضمانه ولو صاح على صيد فمات بسبب
صياحه يضمنه في احدى الوجهين كما لو صاح على صبي فمات بخلاف البالغ
المستيقظ ورجح النواوي الضمان وان حفر بيرا في محل عدوان فهلك
فيها صيد ضمنه وفي ملكه او موات اربعة اوجه اصحها يضمن في الحرم
دون الاحرام والثاني ان حفرها للصيد ضمن والا فلا قال ابن عباس وشريح
وابن جبير ومجاهد والنخعي وقتادة وداود يجب الجزا في قتل الصيد
دون الثاني وما بعده وهو رواية عن ابن حنبل قال ابراهيم كانوا يسالون
القاتل هل اصبت قبل هذا شيا فان قال نعم لم يحكم عليه وان قال لا حكم عليه
وقال عامة اهل العلم وفقها الامصار منهم الايمة الاربعة يحكم عليه
ابدا وهو الصحيح قالوا العقوبة من في قوله ومن قتله منكم متعمدا لا تقتضي
التكرار كما لو قال من دخل داري فله درهم لا يستحق في المرة الثانية
شيا وكذا الطلاق ولا يترتب على العود الا الانتقام ووجه قول الجمهور
للتعدد ان قتله الضمير فيه يعود الى الصيد العام في قوله لا تقتلوا
الصيد فلا يجوز ان يكون المراد به فردا من افراد الصيد اذ فيه تعطيل
عموم الصيد في الاية ومن تفيد العموم كقوله تعالى ومن قتل مومنا خطا
فتحرير رقبة مومنة والفرق ان القتل صار علة للحكم فيتكرر بتكرر علته
بخلاف الشرط الا اذا علق شرطا يتكرر وهو كلما وذكر الوعيد للعايد لا ينافي

وجوب

وجوب الجزا على ان قوله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه يحتمل عوده الى عفا الله
عما سلف اي عما سلف قبل التحريم يعني بعد التحريم وان كان اول صيد بعد
نزول الاية فاذا كان كذلك لا يدل على العايد في قتل الصيد بغير قتله مرة
اخرى ليس عليه الا الانتقام. وقال في الذخيرة للقرافي المالكي لتحريم قتل
الصيد شيان احدهما الاحرام لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم
والمحرم من دخل الحرم كاصبح وامسى واحد واسم في الحرمات فتناول الاية
الشيين قلت ان كان مشتركا فلا عموم له على المذهب الصحيح وان كان مجازا
في احدهما لا يجمع بينهما ولا يعم التحريم ايضا فان من وقف في الحل ورمى صيدا
في الحرم يجب عليه الجزا وما دخل الحرم ولا في الاحرام قوله والجزا
عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم الصيد في المكان الذي قتله فيه
اذا تعذر تقويمه فيه الاصل وكذا يعتبر زمان قتله ايضا وكذا في
كتب الشافعية يقومه ذوا عدل باحد النقدين ثم هو مخير في الفدا
ان شا اشترى بها هديا وذبحه ان بلغت قيمته هديا وان شا اشترى
بها طعاما وتصدق على كل مسكين بنصف صاع من بر او صاع من تمر او
شعير وان شا صام وقال الشعبي يقومه بمكة او بمنى ذكره في البدايع
وقال ابو بكر الرازي في احكام القران مذهبنا قول عطا ومجاهد
وابراهيم وقال محمد والايمة الثلاثة واكثر اهل العلم يجب فيه النظير
فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب وفي الخزانه عناق
او جدي وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش وبقر
بقرة وفي الثعلب الجزا وروي ذلك عن طاوس وقتادة ومالك والشافعي
وهو رواية عن احمد بن حنبل ولا شي فيه عند الزهري وعمرو بن دينار
وابن ابي نجيح وابن المنذر وممن اوجب فيه الجزا اوجب شاة وفي الضب قيمته
طعاما او صياما في رواية ابن القاسم عن مالك وفي رواية ابن وهب شاة واوجب
ابن حبيب في الدب الجزا وقال النواوي في شرح المهذب في الارنب عناق وفي
اليربوع جفرة وقال الرافعي يجب ان يكون المراد بالجفرة هنا ما دون العناق
لان الارنب خير من اليربوع فكيف يستويان في موجبهما قلت سويتم في موجب
الظبي والحمار بايجاب الشاة فيهما واوجب الجزا في ام حبين بضم الحا المهملة
وفتح البا الموحدة وروا عن عثمان رضي الله عنه بحلان من الغنم رواه الشافعي
والبيهقي باسناد ضعيف فيه مطرف بن مازن قال يحيى بن معين هو كذاب
والحلان بضم الحا المهملة وتشديد اللام الحمل وهو الخروف وقال الزهري

هو الجدي ويقال بالميم مكان النون ايضا وام حبين دابة على صورة الحربا واطلق
الشافعيه في حل اكلها وجوب الجزا فيها وقال البندنيجي وابو القاسم الكرخي
في الظبي كبش وفي الغزال عنز وزعما ان الظبي ذكر الغزلان والانثى غزال وقال
امام الحرمين هذا وهم منهما بل في الظبي عنز فان العنز اشبه بالظبي من الشاه
والغزال وكذا الظبي يجب فيه ما يجب في الصغار وصوبه النواوي والغزال
ولد الظبي الى ان يقوى ويطلع قرنه ثم هو ظبي للذكر وظبيه للانثى ذكر
ذلك كله النواوي تعلق من اوجب النظر من حيث الصورة باثار وردت عن السلف
وبعضها مرفوع من عطا الخراساني ان عمر وعثمان وعليا وزيد بن ثابت وابن
عباس ومعويه قالوا في النعامة بدنه وهو منقطع لان عطا ولد سنة خمسين
ولم يدرك احدا منهم وكان في زمن معاويه صبيا ولم يثبت له سماع من ابن عباس
ذكره الطبري والنواوي وتوفي ابن عباس سنة ثمان وخمسين مع ان عطا ضعيف
وقال الشافعي بالقياس قلت ان في النعامة بدنه لا بهذا الاثر قال ولا يثبت
هذا عند اهل الحديث وقال البيهقي وقد روي ذلك عن عطا ابن ابي رباح عن
ابن عباس قال واسناده حسن ورواه سعيد بن منصور وقال مالك لم ازل اسمع
ان في النعامة بدنه وعن ابن عباس وعروه في بقر الوحش بقره ومثله عن عطا
رواه سعيد بن منصور والشافعي وفي حمار الوحش بقرة ومنهم من اوجب فيه بدنه
وعن ابن عباس في الابل بقرة وعن عطا في الاروى بقرة والايل بفتح الهمزة ويقال
بكسرها ذكر الوعول والاروى الانثى وفي الضبع الكبش رواه جابر عن النبي
صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود والدارقطني وفي طريقه الاجلح يعني
ابن عبد الله قال ابو حاتم لا يحتج بحديثه وقال ابو الحسن ابن الحصار الصحيح عن عمر
وخالفه مالك عمر في الارنب واليربوع وقال لا يفدي بانثى ولا عناق بل بالطعام
والصيام وعن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الظبي بشاه وعن عروه
في الشاه من الظبا شاه وعن عطا مثله وعن علي رضي الله عنه انه اوجب فيه كبشا
او تيسا من الغنم رواه الدارقطني وعن جابر ان عمر رضي الله عنه قضى فيه بعناق
خرجه مالك وسعيد بن منصور وعن ابن مسعود رضي الله عنه مثله وعن عطا في
الثعلب شاه وعن شريح فيه جدي وعن عمر في الظبي ما اربد احكم فيه فقال انت
خير مني يا امير المومنين فقال عمر رضي الله عنه امرتك ان تحكم فيه ولم امرك ان
تزكيني فقال اربد ارى فيه جدي قد جمع الماء والشجر فقال عمر فذاك فيه وعن
عطا فيه شاه وقال في الوبر شاه رواه عنه سعيد بن منصور وعن عطا في القنفذ
شاه رواه عنه سعيد بن منصور وهو شد ولان القنفذ لا يشبه الشاة في الصورة

ولا

ولا في المعنى ولا في القيمة وفي الذخيرة عن مالك في رواية ابن القاسم في الضب قيمته
طعاما او صياما وكذا في الثعلب وفي رواية ابن وهب شاة وعن قتادة صاع من طعام
وعندنا قيمته وذكر النواوي قال وفي النعامة بدنه عندنا وعند العلما كافه
قلت لقد اشتط على عازب الهدى وقد قال مجاهد وابراهيم النخعي وعطا على ما ذكره
الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القران وابو حنيفة وابو يوسف شيخ يحيى بن معين
واحمد بن حنبل ذكره ذلك السمعاني في الانساب ويوسف بن خالد السمتي تلميذ ابي
حنيفه وشيخ الشافعي وجميع اصحاب ابي حنيفة ما خلا محمد بن الحسن وحلو قبل
اما انه انه يجب قيمتها واحتجوا ايضا بقوله تعالى فجزا مثل ما قتل قالوا واقتصر
عليه لما فهم عن بني القيمة منه واوجب مثله من جنسه والثاني انه كشف الغطا
بقوله من النعم فنفسر المثل الواجب في ذلك بالنعم والقيمة ليست نعما والثالث
قال هديا بالغ الكعبة فاوجب ان يكون الهدي المحكوم به هديا بالغ الكعبة
ولا يجب ذلك عندكم والرابع تخصيصه بالنعم فمن اوجب القيمة فقد ابطل تخصيص
النعم والنعم لا تطلق الا على الاهلي ولم يقل احد انه يطلق على الوحشي ولنا ان
المثل يقع على القيمة وعلى النظير من جنسه وعلى النظير من خلاف جنسه من النعم
ووجدنا المثل الذي يجب في الشرع والاصول المجمع عليه على احد وجهين اما
مثله صورة ومعنى من جنسه كمن استهلك حنطة او شعيرا او دراهم او دنانير يلزمه
مثله والثاني من استهلك فرسا او ثوبا او جملا او غيرها من ذوات القيم يجب عليه
مثله من غير جنسه وهو القيمة ووجوب المثل من جنسه غير واجب عليه قالوا
لان ايجاب مثله من جنسه جنايه ثانيه **قلت** لو كان المثل من حيث الصورة
والخلقه واجبا وراحله لوجب عليه اذا خرج من احرامه وللحرم كما اوجب
صوم السبعة على المتمتع اذا رجع الى اهله قالوا لا يفهم القيمه من المثل
عرفي **قلت** هذا باطل من وجوه احدها انه كذب يرده القران قال الله تعالى
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وما اراد بالمثل الا قيمة
ما اتلف علينا من ذوات القيمة وما فهم من المثل الا القيمة و والوجه الثاني
انه باطل بايجاب القيمة فيما لا نظير له بالاجماع من قوله تعالى فجزا مثل ما قتل
والوجه الثالث ان صح ذلك فهو فهم عن وجاهل لا يعرف الحقايق الشرعية
المتقدمة على اللغويه فلا يلتفت اليه وقيمة الشي مثله عند العربي والعجمي
من جميع اهل الشرع وقال مالك يجب في الارنب واليربوع والضب وجميع الطيور
الا حمام الحرم قيمته طعاما وفي حمام الحرم تجب شاه فان عدمت صام عشرة ايام

وليس فيه صدقه ذكر في الذخيرة واي فرق بين الحمامين من جهة السنة او من جهة قول احد من السلف ويحتجون بقول الصاحب فيما يوافق قول مقلدهم دون ما خالف قوله فان عمر بن الخطاب اوجب في الارنب عناقا وفي اليربوع جفرا وفي الضبع شاة ولم ياخذوا بقوله واوجب مالك في الفيل بدنه بغير مستند ولم يقل به احد قبله والبدنه لا تشبه الفيل لا صورة ولا خلقة ولا معنى ولا قيمة مع ترك قياس الاصول المجمع على صحته ووجه ثان ان المثل هو القيمة فيما لا نظير له بالاجماع فوجب ان يكون فيما له نظير كذلك لوجهين احدهما ان في حكم متفق على معناه بين الفقها والمثل في وجوب النظير متشابه فيجب رده الى المحكم والوجه الثاني انه قد ثبت ان المثل اسم للقيمة في الشرع ولم يثبت انه اسم للنظير من النعم كما لو اتلف صيد الادمي فلا يجوز حمله على ما لم يثبت ووجه ثالث ان المثل المراد به في القيمة وهو بمنزلة ما لو نص عليها فلا ينتظم النظير من النعم لامتناع اراد تهما بلفظ واحد ووجه رابع ان المراد احدهما وهو القيمة او النظير من النعم وقد ثبت ان القيمة مرادة فان مالكا قال وجوب المثل غير متحتم ان شا اخرج المثل وان شا اخرج قيمة الصيد طعاما فانتفى عن القيمة ووجه خامس ان قوله تعالى لا تقتلوا الصيد عام فيما لا نظير له وفيما لا نظير له ومن قتله الضمير يعود الى الصيد العام وفي حمل المثل على النظير اخراجه عن عمومه الى ما له نظير بغير دليل وفيه ابطال العموم الايه ووجه سادس ان الشافعي رضي الله عنه اوجب شاة في الحمامه وكذا مالك في حمام مكه والشاة ليست نظيرة الحمامة لا في الصورة ولا في الخلقة ولا في الحامة القيمه فان في الحمامه تساوي نصف درهم والشاه تساوي العشرين من الدراهم والثلاثين والشاه من ذوات الظلف تمشي على اربع والحمامة من الطيور ولها جناحان وتمشي على رجلين ولا اعتبار للعب اذ لم يرد اعتباره في الشرع وهو ضعيف وظلم قال القراشي وهو اعم من الجنايه باضعاف واصحاب العقوبه اضعاف الجنايه لم يرد به الشرع قال قال اعتبروا العب والهدر فايجاب العناق والجفر اخف ظلما والزياده عليها لا شبهة للعب فيها المصول له باخف مع العب وقال مالك لا يجب في صغير المقتول ومعيبه كبير وسليم يجزي في الاضحية ولم يقل به احد غيره ووجه سابع انه تعالى قال فجزا مثل ما قتل من النعم ولم يقل فجزا ما قتل فجعل الهدي من النعم لمثل المقتول وهو القيمة ويصرف الى الهدي ووجه ثامن ان الله تعالى قال يحكم به ذوا عدل منكم ولو كان المراد من المثل المثل من النعم لما احتيج الى الحكمين لان التشبهه في الصورة والخلقه اقدام الناس متساوية في معرفته وانما الحاجه الى معرفة القيم التي تختلف باختلاف الرغبات

والازمنه

والازمنه وتتفاوت فيكون قول الحكمين العدلين مقطعا للنزاع المنازع وهو الجاني ولهذا لم يجوز نحن ولا مالك ان يكون احد الحكمين هو الجاني واختلفت الشافعية في ذلك وكذا الحنابلة ووجه تاسع ان ذلك قد تقرر على ما زعمت الشافعيه من عهد الصحابه فلم يبق الا للحكمين حاجه ولا فيهما فايدة لانه قد علم حتى لو حكا في الحمامة بدجاجه او حفص او بالدراهم لا يلتفت اليهما ولا معنى حينيذ لاشتراط الحكمين واما على قولنا ففي اعتبار الحكمين العدلين فايدة جليلة باقية الى يوم القيامه ووجه عاشر وهو منع التشبهه فيما اوجبوا من النظاير فانهم اوجبوا في النعامة بدنه وفي حمار الوحش بقرة وفي الضبع شاة وفي اليربوع جفرة وفي الحمامة شاة واي شبه في الصورة والخلقة بين حمار الوحش والبقرة وبين الضبع والشاه وبين الحمام والشاه وقد تقدم والوجه الحادي عشر ان المثل نكرة في الاثبات ولا يعم لان المثل لا يتعرف بالاضافه وقد اريد به المثل من حيث القيمه فيما لا نظير له فلا يراد به المثل من حيث الصورة ايضا لعدم عمومه اذ المطلق يكفي فيه صورة واحدة وفي الكشف من حقايق التنزيل والله اعلم بالصواب فان قيل اما تصنع من تفسير المثل بالقيمه بقوله من النعم وهو تفسير للمثل قلت خير من اوجب القيمة بين ان يشتري بها هديا او طعاما او يصوم كما خير في الايه فكان قوله من النعم بيانا للهدي المشتري بالقيمة في احد وجوه التخيير لان من قوم الصيد واشترى بالقيمة هديا فاهداه فقد جزا بمثل ما قتل من النعم ولا يستقيم التخيير بين الخصال الثلاث استقامة ظاهرة من غير تعسف الا ان قوم وننظر بعد التقويم اي الثلاثه يختار اما اذا عهد الى النظير وجعله الواجب وحده من غير تخيير فاذا كان شيا لا نظير له قوم حينيذ ثم تخير بين الثلاثه ففيه تنوع في الايه من التخيير الا ترى الى قوله او كفارة طعام مساكين او عدل ذلك صياما كيف خير بين الاشيا ولا سبيل الى ذلك الا بالتقويم بالقيمه قال وكذا قوله يحكم به ذوا عدل منكم دليل على ان المثل القيمه لان التقويم مما يحتاج الى النظر والاجتهاد دون الاشيا المشاهدات انتهى كلام الزمخشري والوجه الثاني عشر انهم اعتبروا امثل الصيد باتلاف الاموال حيث سووا فيه بين العمد والخطا والسهو والنسيان كما في اتلاف اموال الناس فكان حكمهما واحدا في اعتبار القيمة وقال الشيخ ابو بكر الرازي لا يقال قوله من النعم تفسير للمثل ولا امتناع للتاويل مع النص لانا نقول انما يكون نصا فيما ادعي ان لو اقتصر على ذلك ولم يصله بما يسقط دعواه وهو قوله من النعم يحكم به ذوا عدل

منكم هديا بالغ الكعبة او كفارة طعام مساكين الاية فلما وصله بما ذكر وادخل
عليه حرف التخيير ثبت بذلك ان ذلك النعم على وجه التيسير للمثل الا ترى
انه ذكر الطعام والصيام وليسا مثلا واذ خلا وبينهما وبين النعم هديا
واما ما روي من الحكم بالبدنة والشاة والعناق والجفرة عن بعض الصحابة
لا يمنع القيمة ولعل تلك الاشيا كانت قيمتها في ذلك الوقت ويدل عليه ان
الشافعية اوجبوا في الجراد قيمته على المشهور وقالوا ما نقل عن الصحابة
في ذلك من تقدير الجزا محمول على ان ذلك كانت قيمته في ذلك الوقت فكذا
نقول نحن فيما ورد من ذلك ومع ان الشرع في قتل الجرادة اقرب من ايجاب
الجمل في الفيل وايجاب الشاة في الحمامة ويجوز ان يكون المراد بالنعم جزا
قتل ما قتل من النعم الوحشي قال في المنافع من النعم يرجع الى ما قتل من النعم
لا الى الجزا قال صاحب الكتاب والسرخسي اسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي
ما لا هكذا قاله الاصمعي وابو عبيد وحكى الاستاذ في تفسيره عن الكلبي
ان بهيمة الانعام وحشيها كالظبي وبقر الوحش وحمار الوحش وقال
الكسائي قوله تعالى غير محلي الصيد حال من قوله احلت لكم بهيمة الانعام
قال ومعنى الاية احلت لكم الانعام كلها الا ما كان وحشيا فانه صيد فلا يحل
لكم اذا كنتم محرمين ذكره في تفسيره فبطل بذلك قولهم لم يقل احد ان النعم
تنطلق على الوحشي وقال البقاعي في اعرابه من النعم حال في حال لان المقتول يكون
من النعم على قراءة من نون فجزا وقرا طلحة والجحدري او عدل ذلك صياما
بالكسر وقال الكسائي والفتح والكسر بمعنى وقال الفرا عدل الشي بالفتح
مثله من غير جنسه وعدله مثله من جنسه وانكر البصريون هذا التفريق
وقال ابو سليمان مثله في القيمة وبالكسر مثله في النظر والمراد بالكعبة الحرام
اذ المسجد لا يذبح فيه الهدي فيكون من باب ذكر البعض وارادة الكل وخروج
المسجد منه بالدليل والجفر ولد المعز الذي يبلغ اربعة اشهر وقوي على
الرعي والانثى جفرة وفي المحكم الجفرة التي اتى عليها ستة اشهر وقيل الجفر
الجذع من الضان ذكره في الامام وفي المبسوط والاسرار لابي زيد ابن عباس
رضي الله عنهما فسر المثل بالقيمة وفي المبسوط اذا لم يكن النعام مثلا للنعامة
فكيف يكون البدنة مثلا للنعامة ولان من ضرورة كون الشي مثلا لغيره ان يكون
غيره مثلا له ثم لما لم تكن النعامة مثلا للبدنة عند اتلافها لا تكون البدنة
مثلا للنعامة فاذا تعذر اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها معنى وهو

القيمة

القيمة وانما اعتبر من اعتبر الشاة والجفرة ونحوهما من الصحابة رضي الله عنهم
باعتبار القيمة بالتقريب لانهم كانوا ارباب المواشي وكان ذلك ايسر عليهم من
النقود ولان حشيش الحرم وشجره في الحرمة والضمان على متلفهما مثل الصيد
وقد اتفقوا على وجوب القيمة فيهما فكذا في الصيد هذا ممنوع وقال ابو بكر
ابن اللباد ويحيى من المالكية ينظر كم يشبع الصيد من نفس فيخرج ما يشبعهم
طعاما ذكره الطرطوشي عن ابي بكر وسيد عن يحيى وفساد هذا القول مكشوف
ليت شعري ان الذبابة والنملة كيف تشبع نفسا حتى اوجبوا فيهما الجزا وفي
الذخيرة المالكية لو قوم الصيد بالدراهم فاشترى بها طعاما اجزاه ثم
والطعام اصوب وقال الطرطوشي المالكي وجوب المثل غير متحتم بل هو بالخيار
ان شا اخرج المثل وان شا اخرج قيمة الصيد نفسه طعاما لا قيمة مثل الصيد
خلاف ما يقوله الشافعي على ما ياتي قال ولو قوم الصيد بدراهم ثم قومت طعاما
جاز وفي الذخيرة المالكية القرافية والجمال لا يعتبر في تقويم الصيد بل المعتبر
فيه اللحم لان التحريم كان للاكل خلاف المملوكات لانه تتعلق بها اغراض الملاك
قلت لو اتلف بازيا مملوكا معلما اوجب قيمته معلما المالكية وجب الجزا غير معلم
وهو يبطل قول المالكية في ايجاب النظير لان الواجب عليه اذا كان ضمان اللحم
لا غير فايجاب البدنة والشاة والجنين اللذين يتعلق بهما اغراض الملاك
ليس بعدل وهو فاسد ايضا فان من قتل صيدا ابتداء او بفرض المقراض الذي
يقتله وقال لا يحل اكل لحم الصيد به اصلا وجب عليه الجزا به لاتلاف الصيد
الذي استحق الامن بالحرم او بالاحرام من قاتله فلم يكن ما قالوه صحيحا واي لحم
يوكل في الذبابة والنمل وقد اوجب المالكية فيهما الجزا على ما تقدم وقال
ابو بكر بن العربي الصيد عام والضمير يعود الى العام ولا يمكن العمل بعمومه
الا بالقيمة فاما المثل الذي هو النظير فقد ورد في افراد قليلة مع اختلافهم
في ذلك اختلافا كثيرا فمنهم من اوجب في بقر الوحش بقرة ومنهم من اوجب فيه
بدنة ومنهم من اوجب في الظبي كبشا ومنهم من اوجب قيمة عنزا وعن علي
رضي الله عنه وسعيد بن منصور ومنهم من اوجب في الثعلب شاة ومنهم من
اوجب قيمته جديا ومنهم من لم يوجب شيا وقد اسقط مالك النظير في صيد
الحرم في رواية ذكرها ابن الحرزي وعنه تسلم طعوله من النعم وقد ذكرنا الجواب
والانفصال عنه وعن ابن عباس رضي الله عنهما في حمام الحرم شاة وفي كل ما سواه
ثمنه او قيمته ومن عمر وعثمان رضي الله عنهما مثله ذكره البغوي وعن قتادة

عن الحرم في الحمام خارج الحرم درهم وفي الحرم شاة وعن ابن عباس في رواية وابن
المسيب وعطا في حمام الحل شاة فكيف يثبت النظير مع هذا الاضطراب
الكثير وقال الشافعي قد ذهب ذاهب الى ان في حمام مكة شاة وفي حمام غيرها
وفي غير الحرم من الطير قيمته قال الشافعي وليس له وجه ولا اعلم احدا يقوله
قال البيهقي اظنه اراد مالكا رحمة الله عليه قلت قد قال به جماعة كما ذكرته
قريبا وقال النواوي في المثلي يخير بين ثلاثة اشيا وفي غير المثلي بين شيئين
وهو الاطعام والصيام هذا هو المذهب قال والمثل في الصورة والخلقة
ما ورد فيه من الدواب نص او حكم فيه صحابيا ان او عدلان من التابعين او ممن
بعدهم انه مثل الصيد المقتول مع ذلك ولا حاجة الى تحكيم جديد وعند
مالك رحمه الله التحكيم يجب في كل وقت بالاجتهاد ولا يخرجان عن الاثار وقال
محمد المالكي لا بد من الحكم في كل شي حتى الجراد فان كفر بغير حكم اعاد الا حمام مكة
فانه لا يحتاج فيه الى الحكم قلت اذا كان لا يخرج عن الاثار فما الفايدة في تحكيمه
مع العلم بالاثار الوارده في ذلك وقد حكم عثمان رضي الله عنه في ام جنين
بحملان وحكم عطا ومجاهد في الوبر بشاة وقال الشافعي ان كانت تؤكل ففيه
جفرة لانه ليس اكبر بدنا منها فيه لا ناخذ بقولهم وقال في الثعلب شاة اخذ
بقول عطا هكذا ذكر هذه الاحكام عن السلف المذكورين وما قاله الشافعي
في شرح المهذب ولم ياخذ بقولهم في الوبر قلت الشافعي قد ترك الاصل المجمع
عليه بين الامة واخذ بقول عطا وولده ومن بعده فلا يجوز تقليد الصحابة
رضوان الله عليهم في الجديد وتقليد التابعين ومن بعدهم في هذا واحد بما لم
يثبت عن عثمان رضي الله عنه في ام جنين لان الراوي عنه كذاب على ما تقدم ثم
ان الطرطوسي المعري تكلف امورا في دفع الادلة المذكورة لاصحابنا وزعم
ان البقر الوحشي يماثله البقر الوحشي والانسي فيعم اطلاق المماثلة في
الموضعين فلا عذر لكم في ان البقر الوحشي لا يماثل الحمار الوحشي فلا عذر لكم في الانسي صح
اجابه والاول باطل ايضا فان من اتلف بقرا وحشيا على انسان لا يجب عليه
بقر انسي ولا شبه بينهما الا من جهة الاسم وزعم ان قوله تعالى في لا تقتلوا
الصيد ليس عاما بل المراد به ما له نظير قال ولهذا الجواب عن القاضي ابي بكر
بن بكر والقاضي اسماعيل وهو فاسد ويدل بظاهر القران لا يجوز بالسهو
وقد ذكرنا قبل هذا من وجوه ان قوله من النعم لا يخرجه عن عمومه وقال المثل
والنظير من حيث الصورة يحتاج ايضا للبصاير والفكر من اي صنف يكون

ومن

ومن اي شي يلتمس وهو المثل من جهة الخلقة او من جهة القيمة ولهذا ان للتم فيه
مخالفتهم الصحابة وهذا اهدى بان يحترمنه وانكار المقايسة يشبه مذهب
السوفسطايية وكيف يختلف العقلا في معرفة صور الاشيا وخلقها وان هذا
مثل هذا في الصورة والخلقة ومكابرة العقل وفساد قوله ان الحكم ينظر
هل هو المثل من طريق الخلقة او من طريق القيمة يعرف ببديهة العقل
اذ مذهبهم ان النظر الى القيمة ليس وظيفة الحكمين فيما له مثل وعندنا
ينظر الى القيمة دون الخلقة فالتمييز بين الخلقة والقيمة في نظير الحكمين
خلاف الاجماع وهو تخليط منه وقد كذب في نسبة الزلة الينا وكذب
في قوله مخالفتهم الصحابة رضوان الله عليهم فان ايجاب النظر فيه قول
بعض الصحابة مع الاضطراب الكثير فيه كما ذكرنا وما اوجبوا ذلك الا
بطريق القيمة لكون ذلك اسهل عليهم لعزة النقود عندهم وتيسر ذلك
عليهم وهو كثير التخليط وقليل الادب مع العلما ولو كانت الاية اوجبت
لوجب متعينا ولم يجوزون اخراج قيمة الصيد نفسه طعاما وترك النظر
فيهم اول المخالفين الاية والصحابة رضوان الله عليهم ان صح ما نقلوا عنهم
ونحن نجوز ما نقل عنهم من اخراج النظر انه كان بطريق القيمة ويجعل الشبه
بين حمام مكة دون غيرها وبين الشاه باعتبار العب فان كان السند بينهما
بذلك فما الفرق بين حمام مكة وبين حمام غير مكة وهل هو حكم بغير مستند
الا ان يقول وحمام غير مكة لا يعب ونقل عن امامه انه لا ينظر الى العب فكيف
يحتج بما لا يعتقده ولا خصمه وهذا زلة وضعف فقه وقال قولهم ان اراد
بالنعم الصيد دون الجزا خطا باتفاق اهل اللغه وما قال احد من اهل
اللغه انه يقع على الوحش فقد ذكرنا من قال ذلك من اهل اللغه والتفسير
قبل هذا في هذه المسله ولعله كذبه من هنالك فلا يفيده وقال الطرطوسي
قال صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه كبش فاوجب فيه كبشا ومخالفنا
يوجب فيه القيمه والثاني قدر الجزا فدل على سقوط التقديم والثالث
ايجابه الكبش يدل على انه المقصود دون القيمة الجواب انه من رواية
الاجلح قال ابو حاتم لا يحتج بحديثه وقد تقدم والثاني قال في المدونه
في الضبع واليربوع والارنب ونحوه قيمته طعاما وخير بينه وبين
الصيام وامامه اول مخالف لهذا الحديث وقد ذكرنا وجوها في الجواب
غير هذا وعن ابراهيم النخعي والزهري وقتاده في الحمام ثمنها اي قيمتها

وعن ابن عباس رضي الله عنهما كذلك في حمام الحل على المحرم ذكره عنهم النواوي فكيف يجب فيه شاة بغير سنة والقول بهذا اولى لموافقته قواعد الشرع ولا يعدل عنها بامر مختلف فيه بينهم ولان ايجاب الشاة في الضبع دليل على القيمة لان الشاة لا تشبه الا الضبع قطعا وقال الشافعي في غير الحمام من الطيور ان كان اصغر منها جثة كالزرزور والصعو والبلبل والوطواط ففيه القيمة واختلفت الرواية عن ابن حنبل في الهدهد والصرد بناء على اباحة اكلهما وحرمته وان كان اكبر من الحمام او مثله فقولان اصحهما وهو الجديد وهو احد قولي القديم انه لا مثل له والثاني شاة كالحمام بطريق الاولى فيما هو اكبر منها وكذا البط والاوز والكركي والحبارى وقال البيهقي قياس قول الشافعي في الهدهد والوطواط الا ان لا يجب شي لانهما لا يوكلان وقد ذكرنا وجوب القيمة عنه في الطواف ونحوها قال الرافعي لا حاجة الى وصف الحمام بالهدير مع العب فانهما متلازمان قال ولهذا اقتصر الشافعي على العب ومثل الحمام اليمام والقمري والفاختة والدبسي والقطا والحجلة واليعقوب وهو ذكر الحجلة وعند عطا في كل منها شاة وكذا في الكروان ودجاجة الحبش وابن الماء وكل شي من النسور والعقبان والبزاة والرخم يجب قيمته ويوكل عند مالك ذكره ابو عمر والعرب تسمي كل مطوق حماما وقال الطبري عن الشافعي انه قال كل ما يجب في الماء من الطيور فهو حمام وما يشرب قطرة قطرة كالدجاج فليس بحمام قال البيهقي هكذا ذكره عطا وقال الشافعي رحمه الله انا اوجبنا الشاة في الحمام اتباعا والا فالقياس ايجاب القيمة فيها ومن الشافعية من قال انما اوجبنا الشاة فيها لانها تشبه الشاة من وجه فانها تعب كالشاة قال ابو حامد ليس بشي بل المنصوص الاتباع قلت يرد عليه ما قاله الرافعي لا حاجة الى وصف الحمام بالهدير ولهذا اقتصر الشافعي على العب فهذا نص على اعتبار النسبة بينهما من حيث العب فكيف يقول ابو حامد ليس بشي الا ان يكون زيف قول امامه في اعتبار النسبة واختار العلة الاخرى ومحمد رحمه الله معهما في القيمة في الحمام وغيره من الطيور **فرع** قال الشافعي وابن حنبل يجب ان يفدي الكبير بالكبير من النعم والصغير بالصغير والسمين بالسمين والمهزول بالمهزول والمريض بالمريض والمعيب بالمعيب اذا اتحد جنس العيب

والاعور

والاعور بالاعور فان كان عور الصيد بالعين اليمنى فالعوراء اليسرى ففيه طريقان وكذا الذكر بالانثى وبالعكس على قولين اصحهما الاجزاء وعند مالك رضي الله عنه يجب الصحيح بالعيب والكبير بالصغير وقد تقدم قوله وهو خلاف النص والكلام مع الشافعي ان وجود البقرة العوراء والبدنة العوراء والمعيبة بغيره والمريضة بازاء المريضة تكليف ما ليس في الوسع ومن قال بالنظر انما قال ذلك لنفي الحرج عنهم فلا يناسب شرع ذلك ولهذا لا يضمن اطراف الصيد الا بالقيمة وهو من جملة ادلة اصحابنا اذ الجزء لا يخالف الكل ثم اورد علينا الطرطوسي نقضا ان الحيوان تارة يضمن بالمثل وتارة بالقيمة الا ترى ان العبد اذا قتل عبدا تعلقت الجناية برقبته ان شاء سيده دفعه بجنايته او يفديه بقيمة العبد الجاني ولو قتل حر عبدا فعليه قيمته وانتم تقتلون الحر بالعبد فهذا مضمون بمثله من طريق الصورة وكذا الحر يضمن بالمثل في قتل العمد وبالعمد في قتل الخطا قلت ما اجهله لا نقتله عندنا بقيمة الجاني بل يدفع العبد الجاني بالجناية ان شاء او يفداه بقيمة المتلف حتى لو قتل العبد حرا خطا واختار امساك العبد بدفع دية الحر ويقع فيهما بالمالية لا بالصورة ولم يضمن الحر بالمثل في قتل العمد لا يقع في يد الولي سوا كان القاتل او المقتول حرين او عبدين او حرا او عبدا بل يجب القصاص في ذلك باعتبار الدم والادمية دون المالية ولهذا يقتل الكبير بالصغير فلم يكن هذا من باب الضمان بالمثل ولا بالقيمة ان الحر ليس بمال لا من ذوات الامثال ولا من ذوات القيم ثم الواجب احد الاشيا الثلاثة المذكورة في النص وبه قال مالك والشافعي فيما له نظير وفيما لا نظير له يخير بين الاطعام والصيام عنده وقول احمد واسحق وابو ثور كقولنا وبه قال عطا وعنه انما جعل الطعام ليعلم به الصيام وعن طائفة اخرى انما الطعام والصيام فيما لا يبلغ ثمن الهدي وهو قول سعيد بن جبير والحسن وابن مسلم وقال زفر والثوري ان وجد هديا تعين فان لم يجد هديا اطعم فان لم يجد طعاما صام وقول زفر ذكره الكرماني ومثله في المبسوط والبدائع واختار ابن المنذر قول الجماعة في التخيير **قوله** ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صياما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمة الله عليهما وحكى الكرخي عن محمد ان الخيار الى القاتل عنده ايضا غير ان الهدي لا يجوز الا اخراج النظير ذكره في البدائع وان لم يكن

له نظير فالخيار الى القاتل كما قالا وقال محمد ومالك والشافعي الخيار الى الحكمين
في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير وان حكما بالطعام او بالصيام فكما قال ابو
حنيفة وابو يوسف رحمة الله عليهما في انه يطعم كل مسكين نصف صاع من بر او
يوجب عليه مكان كل نصف صاع صوم يوم وبه قال احمد بن حنبل وابو ثور
وقال ابن المنذر وبه قال البصري والثوري وهو قول ابن عباس قال
ومثله في حديث كعب بن عجرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يعطي
كل مسكين نصف صاع من بر اخرجه البخاري في صحيحه قال ابن المنذر وهو
الاولى ولانه اذا لم يخفف مع العذر فعند عدم العذر اولى وقال مالك
والشافعي يصوم عن كل مد يوما او يطعم كل مسكين مدا قال النواوي والمد
اتفاق في الطعام وهو غلط منه وفيه قول ثالث ان اكثر الصوم احد وعشر
يوما وفيه قول رابع ان قتل ظبيا ذبح شاة بمكة فان لم يجد فاطعم ستة مساكين
فان لم يجد صام ثلاثة ايام وان قتل ايلا او نحوه فعليه بقرة فان لم يجدها اطعم
عشرين مسكينا فان لم يجد صام عشرين يوما وان قتل نعامة او حمار وحش
فعليه بدنة فان لم يجدها اطعم ثلاثين مسكينا فان لم يجد صام ثلاثين يوما
والاطعام يكون مدا مدا او الدم بالحرم والطعام والصيام حيث شاء ذكره
ابن المنذر عن النخعي ومالك وفي كتب المالكية الاطعام في موضع القتل وعن
عطا والشافعي وابي ثور الطعام بمكة والصيام حيث شاء ويجوز دفعه
الى فقير الذمة وفقير المسلمين احب وقال ابو يوسف وابن حنبل والشافعي
وابو ثور رضي الله عنهم لا يجزيه ولو دفع الى فقير في ظنه فظهر غنيا يجزيه
عند ابي حنيفة ومحمد كما في الزكاة وعند ابي يوسف وابي ثور لا يجزيه وعند
الشافعي كالمذهبين وعن ابن حنبل روايتان وفي المحيط والتحفة والكرماني
اذا ظهرت قيمة المقتول فقول الحكمين فالقاتل بالخيار ان شاء كفر بالهدي
وان شاء بالاطعام وان شاء بالصيام لان التخيير من باب التخفيف فالاولى ان
يكون ذلك لمن وجب عليه فاذا بلغت قيمة المقتول هديا ذبحه بالحرم ولا
يجزي ذبحه في الحل عن الهدي ويجزي عن الطعام اذا تصدق بلحمه على
الفقراء وفقراء الحرم اولى وعند الشافعي يتعينون لذلك وفي التحفة
ان ظهرت قيمته فالخيار الى القاتل عند الثلاثة فان شاء اشترى بها هديا
وذبحه في الحرم سقط عنه الجزاء بمجرد الذبح حتى لو ضاع او سرق بعده فلا
ضمان عليه ولو تصدق بكله على فقير واحد جاز فلا يجب فيه التفريق على

المساكين

٢٥

المساكين وفي البدايع اذا ذبحه في غير الحرم لا يجزيه الا ان يتصدق بلحمه على كل فقير
قيمة نصف صاع من بر فيكون بدلا عن الطعام فيجب التفريق بخلاف الذبح في
الحرم فلا يسقط الوجوب فيه وفي رواية الطحاوي عن محمد الخيار الى الحكمين
يعني اي الثلاثة شاء ولا يخرج عن حكمهما فان حكما عليه هديا يجب عليه
النظير من النعم سواء كانت قيمته المتلف مثل قيمته او اقل او اكثر وان فضل
من الطعام اقل من نصف صاع تصدق به على مسكين واحد او صام عنه
يوما كاملا وفي الخزانة لا يتصدق بجزاء الصيد على ابويه واجداده وجداته
واولاده وان سفلوا ولا ياكل منه فان اكل منه ضمنه ذكره في البدايع
وان اكل منه غيره جاز وقد تقدم وفيه قال محمد ان حكما عليه هديا ينظر
الى نظيره من النعم ما يشبه في المنظر لا القيمة وفي البدايع اذا اختار
الطعام فالواجب قيمة الصيد يشترى بها الطعام عندنا وبه قال
مالك وعند محمد والشافعي قيمة النظير لان الواجب هو النظير عندهما
وانما تحوله الى الطعام باختياره قلت اختيار التحويل الى الطعام الى القا تل
عندهما بذلك الى الحكمين ان شاء حكما عليه بالنظير وان شاء بالطعام بقيمة
النظير او بالصيام عن كل مد يوما عند الشافعي وعند محمد عن كل نصف
صاع من بر يوما قال هديا منصوب على انه تفسير لقوله تعالى يحكم به او
مفعول الحكم الحكمين فكان التعيين اليهما والطعام والصيام ذكرهما
بكلمة او فكان التعيين في الكل اليهما وقال ابو البقا هديا حال من الهاء
في به بمعنى فهدي وقيل نصب على المصدر وقيل على التمييز او كفارة
عطف على فجزاء وطعام بدل من كفارة وعليه كفارة او خبر مبتدا محذوف
وابو حنيفة وابو يوسف يقولان ان الحاجة الى الحكمين لمعرفة قيمة الصيد
المقتول فاذا ظهرت قيمته بحكمهما فالواجب عليه كفارة فكان التعيين فيما
يؤدى من الخصال الثلث اليه كما في كفارة اليمين وضمان قيمة المتلفات فان
تعيين ما يؤدى به اليه دون المقومين وقوله تعالى او كفارة طعام مساكين
عطف على قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل وكذا قوله تعالى او عدل ذلك صياما
لا على هديا لانه مرفوع فلم يدخل تحت حكم الحكمين فلا يجوز له العدول عن حكم
الحكمين اذا حكما عليه بالقيمة وقدراها عليه ولا لغيره وقوله فالواو الواحد
يكفي لانه قد يحكم به والحاكم يكون واحدا الا ان قوله ملزم ولانه من باب الخبر
لا الشهادة فيقبل فيه قول الواحد العدل والمثنى احوط كما قلنا في شهادة

النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول الواحدة والمثنى احوط وابعد
من الغلط قال وقيل يعتبر فيه المثنى بالنص وفي المبسوط على طريقة القياس
يكفي الواحد للتقويم والمثنى احوط ولكن يعتبر المثنى بالنص وهو قول
الايمة الثلاثة وانما الخلاف في جواز جعل احدهما القاتل وقد تقدم
ويشترط عند مالك ان يكونا فقيهين وليس الفقه يشترط عند الجماعة
ثم الهدي لا يذبح الا بمكة اي بالحرم لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة والمراد
بها الحرم بالاجماع لان الكعبة والمسجد الحرام لا يذبح فيها الهدي اذ
الدم المسفوح نجس فينزه المسجد عنه ويجوز التصدق بلحمه على فقرا
مكة وغيرهم وكذا الاطعام لاطلاق النص وبه قال مالك وقال الشافعي
وابن حنبل الافضل الادى لا يجوز على غير فقرا مكة وعندنا فقرا مكة
افضل وقد تقدمت المسلة والصوم يجوز في جميع الاماكن اجماعا والدم
بفعل حرام او ترك واجب لا يختص ذبحه بالحرم في الاظهر عند الشافعي
والفرق بين الذبح والبقرة والاطعام ان الذبح غير معقول المعنى فيقتصر
على مورد النص فيختص بالحرم لذلك والتصدق على الفقرا والمساكين معقول
المعنى فيعم الا ان فقرا مكة افضل لزيادة حاجتهم والتوسعة عليهم
وقال عطا والنخعي ما كان من هدي فبمكة وما كان من الطعام او صيام فحيث شا
ومساكين الحرم من كان فيه من اهله كان او واردا اليه كالحاج وغيره وان
ذبح الهدي في غير الحرم وتصدق باللحم على كل مسكين قيمة نصف صاع من بر
وفيه وفا بقيمة الطعام جاز وقد مر قبله ويكون بدلا عن الطعام لا
هديا قوله واذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزي في الاضحية
بجذع الضان وثني المعز فان لم يبلغ قيمة المقتول ذلك صام عن كل نصف
صاع من بر يوما او اطعم كل مسكين نصف صاع من بر ولا يجزيه ذبح العناق
والجفرة والحمل هذا قول ابي حنيفة وبه قال مالك وعند ابي يوسف ومحمد
يجزيه ذبح ذلك وهو قول الجماعة كالشافعي وابن حنبل وغيرهما واعتمدوا
في ذلك قول السلف في ايجاب الجفرة والحمل والعناق في جزا الصيد خلافا لابي
حنيفة ومالك رحمة الله عليهما ان الواجب فيه باسم الهدي وهو لا يتناول
العناق والجفرة في الحقيقة العرفية والعرف الشرعي كما في هدي المتعة
والقران وهذا لان اراقة الدم انما عرفت نسكا الا عقلا والنص في الجذع من
الضان والثني من المعز ولا يكون الاراقة قربة فيما دون ذلك لعدم الشرع

ومخالفة

ومخالفة العقل كذبح الصيد بخلاف التصدق بذلك لانه معقول معتبر في
الشرع وما ورد فيه من الاثر محمول على التصدق به دون اراقة دم حتى لو
تصدق بالمذبوح وقيمته مثل قيمة المقتول اجزاه اذا وقع الاختيار
على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا يعني عند ابي حنيفة وابي يوسف
ومالك معللا لان المضمون هو الصيد المتلف فيعتبر قيمته وعند
محمد والشافعي المعتبر قيمة النظير وقد عرف وفي البدايع ان اختار
الصيام اشترى بقيمة الصيد طعاما وصام عن كل نصف صاع من بر يوما
وهو غريب وفي الذخيرة وادنى ما يجزي في جزا الصيد الجذع من الضان
والثني مما سواه وما لم يبلغ ذلك فطعام او صيام ويقوم الصيد ولا يقوم
جزاوه وعند الشافعي وابن حنبل يقوم نظيره الذي هو الجزا لا الصيد
بدراهم ثم يقوم الدراهم بالطعام وعند مالك يقوم الطعام بقيمة
النعامة والاصل مساواة العقوبة للجناية قلت قد خالفت المالكية هذا
الاصل بايجاب البدنة في النعامة فان العقوبة فيها اضعاف الجناية
وفي المنافع النظير المثل لانك اذا نظرت الى احدهما فكانك نظرت الى ذلك
وهو بمعنى المنظور اليه ثم لا يجزي اقل من نصف صاع من بر عندنا لان ما دونه
غير معهود في الشرع وعند اختيار الصيام يقوم الصيد المقتول طعاما
فيصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير يوما فان فضل من
الطعام اقل من نصف صاع من بر فهو مخير ان شا تصدق به وان شا صام
عنه يوما كاملا لان الصوم اقل من يوم كامل لا يسقط به واجب الصوم
وجاز التصدق بما دون نصف صاع من بر للضرورة وكذا ان كان الواجب اقل
من نصف صاع من بر ابتدا بان كانت قيمة الصيد لا تبلغ نصف صاع من بر
فهو مخير ان شا تصدق بها وان شا صام عنها يوما كاملا وقال النواوي
دليلنا وجوب الصوم عن كل مد وهو ربع صاع قوله تعالى او عدل ذلك
صياما وقد قابل سبحانه وتعالى صيام كل يوم باطعام مسكين في كفارة
الظهار وقد ثبت ان اطعام كل مسكين هناك مد فكذا هنا قلت الثابت
هناك خلافه بل يطعم كل مسكين نصف صاع من بر هناك كما في حديث كعب
بن عجرة وهو في صحيح البخاري فاذا كان الواجب هناك نصف صاع من بر مع العذر
وخفة الجناية فهنا اولى وناهم يقيسون كفارة على كفارة ويحملون المطلق
على المقيد في جانبين وهنا يقولون لا يلزم طرده في كل كفارة ومذهبنا قول

ابن عباس والحسن البصري والنخعي والثوري وابن حنبل في احدى الروايتين عنه
واختاره ابن المنذر ذكر ذلك كله في المغني لابن قدامه ولا يجب التتابع في صومه
وهو اجماع ولا يجمع فيه بين الاطعام والصوم **قوله** ولو جرح صيدا
او نتف شعره او نتف من ريش طاير او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه
وفي المحيط والجامع والبدايع لو قطع يد صيد او رجله او احد
جناحيه حتى اخرجه عن حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة في الحال
لان ذلك اتلاف حكما فيعتبر بالاتلاف الحقيقي فصار كما لو قطع يدي انسان
او قطع يديه خطا يجب فيه الدية بكمالها كما لو قتله خطا ولو قتله محرم
اخر وحلال في الحرم يجب عليه قيمته منقوصا بالاول لان الاستهلاك
الحقيقي ورد على الحكم والدليل على ان احدي يدي الصيد او احد
رجليه او احدي جناحيه استهلاك انه يشترط فيه بعد ذلك ذكاة
الاختيار واذا اخرجه من حيز الامتناع لا يمتنع فيه وجوب الجزا باتلافه
كاتلاف البيضة والفرخ فان مات من الجرح ضمنه لان جرحه سبب ظاهر
لموته فيحال به وان برا منه ولم يمت ولم يبق له اثر لا يضمن لزوال سبب
الضمان كالصيد المملوك وان بقي له اثر ضمن النقص. وفي البدايع
ان نتف ريش طاير او قلع سن ظبي فنبت مكانه اخر او ضرب عين ظبي
فانتصب ثم زال البياض منها قال ابو حنيفة رحمه الله في سن الظبي لا شي
لا وقال ابو يوسف عليه صدقة. وفي البدايع ايضا اذا لم يخرجه
عن حيز الامتناع يضمن ما نقصه للجراحة وان اندمل الجرح لا يسقط
عنه الجزا بخلاف جرح الادمي اذا اندمل ولم يبق له اثر لزوال السبب
وفي المبسوط لو جرح صيدا او نتف شعره او ريشه او قلع سنه فعليه
جزا ذلك فان اندمل جرحه بحيث لم يبق له اثر او نبت شعره او ريشه
كما كان او نبت السن في مكانها كما كانت فلا شي عليه عندهما وقال ابو يوسف
يلزمه صدقه للالم وان غاب الصيد المجروح ولم يعلم هل مات او برا
يضمن النقصان قياسا لانه وجد سبب الضمان ولم يعلم برؤه فلا
يسقط بالاحتمال وقيمته كامله انما يجب اذا علم موته ولم يعلم فلا يجب
بالشك وفي الاستحسان يلزمه جميع القيمة لمعنى العبادة والكفارة
كمن اخذ صيدا من الحرم فارسله ولم يعلم دخوله الحرم بخلاف الصيد
المملوك وفي الديات من الكتاب. لو قلع سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط

الاثر

الارش عند ابي حنيفة وهذا يشهد لما ذكرنا هنا وعندهما عليه ارشها كاملا
قال لان الحادث نعمة مبتداة وفي الباب الثاني من جنايات الجامع. لو قلع
ثنية رجل وثنية القالع سودا المجني عليه شاهد حتى سقطت ونبتت مكانها
اخرى فلا حق له فيها قال لان حقه في الاولى وهذه غيرها فجعل الثانيه
غير الاولى فعلى هذا ينبغي ان لا يسقط ما وجب بقلع الاولى في الصيد
وان نبتت مكانها اخرى. وفي الجامع ان الصيد يستفيد للامان بالحرم
وبالاحرام وبدخول الصايد الحرم والجنايه باثبات اليد عليه اما
المال انما يحفظ باليد فالجناية عليه بقطع اليد فلهذا يضمن زوايد
الصيد دون زوايد الغصب ووجه اخر في الفرق ان الله سبحانه وتعالى
يطلب بالرد في كل ساعة فمتى هلكت الزياده بعد طلب من له الحق كما
لو هلكت زوايد الغصب بعد طلب المالك بالرد ولهذا يضمن زيادة
الشعر اذا اهلك الصيد كما يضمن زيادة البدن والولد فيه وفي الخزانه
لو قطع المحرم يد الصيد ثم زاد ثم قطع اخر رجله فعلى الاول ما نقصه
جرحه ثم قيمته زايدا وعلى الثاني ما نقصه جرحه من قيمته وبه الجرح
الاول زايدا. وفي الذخيرة المالكيه في المدونه اذا جرح صيدا او
اندمل فلا شي عليه وان زمن ففي الجلاب يجب الجزا وان برئ على شين قال
ابن القاسم فلا شي عليه. وقال اشهب يضمن النقص وهو قول الشافعي
ولو قطع عضوا من اعضايه وسلمت نفسه قال ابن الجلاب لا شي عليه وقيل
يضمن. وفي المغني اذا اتلف جزا من الصيد ضمنه اعتبارا للجز بالكل
ولانه عليه السلام قال لا ينفر صيدها فالجرح اولى والنهي يقتضي التحريم
وان كان نجبرا فالمراد به النهي حتى لا يلزم الخلف في الخبر وجب مثله
وقيل يجب قيمة مقداره من مثله قلت الاول ضعيف اذ ايجاب عشر العشر
وثمن العشر او عشر الثمن من النظير ممتنع ولهذا اوجب الشرع في خمس
من الابل في الزكاه شاه من خلاف جنسها ولم يوجب خمس بنت مخاض وهذا
اذا اندمل غير ممتنع يجب ضمان جميعه كمذهبنا وان غاب ولم يعلم اندماله
وكانت الجراحة موحيه ضمنه والا ضمن النقص وكذا ان وجد ميتا ولم
يعلم بما ذا مات قلت ينبغي ان يضمن قيمته او نظيره لان جرحه سبب ظاهر
لموته به فيحال اليه وللشافعي فيه قولان وفي شرح المهذب للنواوي
ان جرح صيدا فنقص عشر قيمته فعليه عشر قيمة شاة وقال المزني عليه عشر

شاء تخريجا وقال جمهورهم الحكم ما قاله المزني وان اندمل جرحه وزمن يلزمه
جزا كامل على الصحيح وفي وجه يلزمه ارش النقص وهو قول ابن شريح وصححه
صاحب البيان وان قتله اخر قبل الاندمال فعلى الاول جزاؤه كاملا وعلى
الثاني منقوصا بالجرح الاول وان برا من جرحه ففي سقوط الضمان وجهان
الاصح لا يسقط وهو بنا على القولين فيمن قلع سن كبير فنبتت فيها كمال
الارش في الاصح ولو نتف ريش طاير فنبتت فهو كجرح الصيد فيما ذكرناه
ولو خلص حمامة من سنور او سبع او شبكة او اخذ الصيد ليخلص خيطا
من رجله فعطب فلا شي عليه لانه اراد به اصلاحه وكذا كل فعل قصد
به اصلاح حال الصيد وهو قول عطا وبه قال ابن حنبل ومنهم من قال
يضمن وهو قول قتادة لان القول ليس بشرط قلنا قصد الاصلاح مندوب
اليه والاتلاف من غير قصد غير ماذون فيه ه وفي المبسوط لو نفر الصيد
منه بغير صنعه وتنفيره فانكسرت رجله لم يلزمه شي وان نفر فتلف
من تنفيره بان صدمه شي او وقع في بير او تما او نحوه فعليه الجزا وكذا
لو كان راكبا او سايقا فاتلفت الدابة بيدها او رجلها او فمها صيدا فعليه
الجزا وكذا لو نفذ السهم من الصيد فقتل اخر يجب جزاؤهما لان الاول
عمد او خطا والثاني خطا ه وفي المحيط لو تعلق الصيد بفسطاطه او تكسر
لفزعه منه فلا شي عليه الا اذا افزعه المحرم وان نصب شبكة او حفر بيرا
للما فتعقل بهما صيد ضمنه وان حفرها للذيب فتعقل بها صيد
فلا ضمان عليه وكذا الوكان كل ما كان مباحا فعله وكذا اذا ارسل الجارح
من يده فاخذ صيد الحرم لان ارساله واجب وقالت الشافعية ان حفر ا
في الحرم في محل عدوان لزمه ضمان ما اتلف فيها من الصيد وكذا ان
حفرها في ملكه او موات على الاصح ولو نصب شبكة في الحرم او في الحل
وهو محرم فهلك بها صيد ضمنه ه وفي المغني لو كان نصب الشبكة قبل
احرامه لا يضمنه ه وفي الذخيرة للقرافي لو تعلق صيد بطنب فسطاطه
فعطب او حفر بيرا للما او الخنزير فوقع فيها صيد فلا جزا عليه قلت وهو
مذهبنا وانما يضمن عندنا بالتعدي في التسبب وعن ابن القاسم يجب
فيه الجزا في الفسطاط كما لو عطب برمحه المركوز قال وجه المذهب
ان بقتله لا يضمن الادمي فكذا الصيد ولو راى محرما فنفر فزعا فعطب
لا يضمن كحفر البير وقال مالك يضمن وهو ضعيف جدا اذ ليس في وسعه

ان

ان يراه الصيد مع انه لا صنع له في عطبه ولا تسبب كما لو راى انسانا جالسا
من بعيد فظنه شبحا ففزع منه فمات الراي ينبغي ان يقتل به عنده او يجب
عليه ديته ولا قايل به وقد رده سحنون وقال لا شي عليه لان العطب
بفعل الصيد ثم انهم لم يوجبوا الضمان على من ازال امن الصيد وتسبب
الى هلاكه بالدلالة والاشارة مع وجود الصنع منه في قتله وفي المغني
لو افزع الصيد او نفره فتلف في حال نفوره ضمنه وان سكن في مكانه
فامن ثم تلف بعد ذلك فلا ضمان عليه باتفاق اهل العلم عليه ولو جرحه
فوقع في ما او نارا او من شاهق جبل فمات ضمنه لان موته بسببه **قوله**
ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهو قول عمر بن الخطاب وعبد الله بن
مسعود وعبد الله بن عباس والشعبي والنخعي والزهري والشافعي وابي
ثور وابن حنبل وقال ابو عبيده وابو موسى الاشعري يجب صوم او اطعام
مسكين وقال البصري فيه جنين من الابل وقال مالك فيه عشر البدنة قال
ابن حزم جمع هذا وجوها من الخطا اولها انه لا يعرف احد قاله قبله
ثانيها لا يجيزون الاشتراك في الهدي مع اجماع الصحابة والسنة على
جوازه ثم اجازه وهنا حيث لم يقل به احد قبله فان قال الواجب عشرها
ويطعم به قلنا هذا خطا ثالث لانها كيف يجب عليه شي سكت عنه وهذا تخليط
وتناقض رابعها قالوا يقيس ذلك على جنين الحرة وهو تشبيه الباطل
بالباطل وما فيه الا غرة عبد او امة فقط انما ذكرت هذا ليعلم ان من
احد من العلما غير الظاهرية لا يسلم من لسانه وعن عطا فيه خمسة
اقوال احدها كقول الحسن البصري والثاني كبش والثالث درهم والرابع
ان كان من اهل الابل فالقول ما قال علي والا فدرهمان وقال المزني
وداود الظاهري لا شي فيه وحكاه ابن حزم عن ابي حنيفة وهو جاهل
في معرفة مذهب العلما ه وفي الامام جعل علي رضي الله عنه في كل بيضة
جنين ناقة او ضمانها فانطلق السايل الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فاخبره بما قال علي قال عليه السلام قد قال علي ولكن هلم الى الرخصة
في كل بيضة صوم يوم او اطعام مسكين قال في الامام هكذا في النسخة ولعله
باو قلت ذكره النواوي باو وقال المنذري اسناده حسن وقال النواوي لا
يثبت فيه شي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه قول المزني وداود ان البيض
ليس بصيد ولا روح فيه ولا امتناع له ولعامة اهل العلم حديث ابي هريرة

رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال في بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه
اي قيمته ورواه ابن ماجة والدارقطني والبيهقي ويروى او قيمته وهو
من رواية ابي المهزم سعيد بن سفيان بكسر الزاي وتشديدها وهو
ضعيف باتفاق المحدثين ولانه اصل الصيد وعرضيته ان يصير صيدا
فالاحتياط في الحاقه به ما لم يفسد ولو اخذ بيضه وترك ما تحت دجاجة
ففسدت تجب ضمانها وكذا لو نفر الصيد عن بيضه ففسدت ضمنها
وفي بيض الحمام تجب قيمته وبه قال الزهري والشافعي وابو ثور وابن
حنبل وقال مالك تجب فيه عشر ما تجب في الحمام واوجب علي رضي الله عنه
وعطا نصف درهم في كل بيضة وتجب القيمة في بيض جميع الطيور وما ذكر
صاحب الكتاب عن علي في بيض النعامة من وجوب القيمة لا اصل له بل مذهبه
ما ذكرته ومن كسر بيضة مدرة ان كانت بيضة نعامة فعليه الجزا ولا شي
في غيرها لان قشر بيضة النعامة لها قيمة ذكره الكرماني في مناسكه
بخلاف غيرها والمراد قيمة قشرها لا قيمتها قلت هذا بعيد لانها بعد
فسادها بقي صلاحية كونها اصل الصيد ولا عرضيته ان تخرج منها
صيد وايجاب القيمة باعتبار ذلك على ما تقدم وقول الشافعي مثل
قولنا في قشر بيضة النعامة واختلفت الحنابلة فيه وقال امام الحرمين
لا شي فيه كالريش المنفصل وغلطوه فيه ولا فرق بينهما الا ان كل واحد منهما
له قيمة وقد زالت صلاحية الصيد عنهما وبيض الجراد مضمون بالجزا ذكره
النواوي في شرح المهذب ومثله في المغني فان خرج من البيضة فرخ ميت
فعليه قيمته وهو استحسان والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ
غير معلومة • وفي المحيط ان كان في البيضة فرخ ميت فعليه قيمته حيا والحل
للاستحسان وفيه خلاف الشافعي لنا ان البيض معد لخروج الفرخ منه حيا
وكسره سبب لموت الفرخ فيضاف اليه حتى لو علم موته قبل كسره فلا شي عليه
وقوله ان القياس لا يغرم شيا سوى البيضة مشكل فيقتضي وجوب قيمة قشرها
لا قيمة البيضة وكذا لو ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه
قيمتهما ما ذكرنا هذا في الكتاب • وفي المحيط وعند الشافعي ان ماتت الام فهو
مثل الحامل وان عاشت ضمن نقص الام ولا يضمن الجنين بخلاف جنين الام فانه يضمن
بعشر قيمة الام وان القته حيا ثم مات ضمن كل واحد منهما وان مات الولد من الجناية
وعاشت الام ضمن الولد بكل اجزايه ونقصان الام وهو ما بين قيمتها حاملا

وحايلا

وحايلا وقال مالك ان طرحته ميتا وسلمت الام فعليه عشر قيمتها لغرة جنين الامة
وفي الكرماني لو اتلف صيدا حاملا فعليه قيمتها حاملا قوله وليس في قتل
الغراب الى اخره قد ذكرنا ذلك بادلته ومذاهب الناس فيه في اول الباب فلا
نعيده وليس في قتل البعوض والحموس وهو البعوض بلغة هذيل والنمل
والبراغيث والقراد شي لانها ليست بصيود ولا هي متولدة من البدن فلم يكن
فيها اقتضا البعث ثم هي موذية بطباعها قال والمراد بالنمل النملة السودا
والصفرا الكبيرة التي توذي بالبعض وما لا يوذي لا يحل قتله ولا يجب الجزا
للعلة الاولى وكونه غير صيود واوجب مالك في النمل والذباب الجزا وجعلهما
من الصيد ولم يقل احد ان الذباب من الصيد ولا شي في قتل القرقس بقا فيه
قال الجوهري هو البعوض الصغير ويقال الجرجس وقيل هو نوع من البق
وفي المحيط ليس في قتل القنفذ والخنافس والسلاحف والوزغ والذباب
والزنبور والحلمة وصياح الليل والصرصر وام حبين وابن عرس شي لانها من
هوام الارض وحشراتها وليست بصيود ولا شي من السف لا غير متولدة من
البدن بخلاف القمل ولم يوجب عمر وعطا وابو ثور والشافعي واحمد فيها شيا
وعن ابي يوسف تجب الجزا بقتل القنفذ ومن قتل قملة تصدق بما شا مثل
كف من طعام • وفي الجامع اطعم شيا ولم يشترط اشباعه • وفي الذخيرة ثم
ان محمدا قال في الجامع الصغير اطعم شيا وفي الاصل يتصدق بشي • وفي
القدوري فيها صدقة بكف من الطعام • وفي عيون المسائل في قملة من
راسه اطعم كسرة خبز وفي الثنتين او الثلاث اطعم قبضة من طعام وان
اكثر اطعم نصف صاع نصف صاع قال وما ذكر في العيون والجامع الصغير
يشير الى انه لا يشترط فيه التمليك وهو الاصح ولو اشار المحرم الى قملة
فقتله المشار يجب على المشير الجزا قلت هذا بعيد لان القمل ليس
بصيد حتى يجعل بالاشارة مزيلا للامن عن الصيد وانما يجب الجزا الا نفا عه
بازالة ما يتولد من التفث وذلك لا يتحقق بالاشارة ويدل على ما ذكرته
انه لو قتل قملة ساقطة على الارض فلا شي عليه بخلاف ما لو كانت على بدنه
ذكره في الذخيرة • وفي المنتقى قال الحلال ادفع هذا القمل عني ففعل
فعليه الكفارة • وعن سالم فيها تمرة وتمرة خير منها وعن ابن عمر يتصدق
بكسرة او قبضة من طعام وعن مالك لا يقتله ولا يطرحه من راسه فان
قتله فعليه حفنة من طعام وقال ابن حنبل يطعم شيا كما قال محمد وقال

اسحق تمرة فما فوقها وقال الثوري يكفر اذا كثر وقال النواوي وعن ابن عمر في القملة اهون مقتول قال لا شي فيها وذكر الطبري عنه قبل هذا خلاف تفسير النواوي وعن عطا وقتادة قبضة من طعام • وقال الشافعي ان قتلها من راسه افتدى بلقمة وان كانت ظاهرة في جسده فقتلها فلا فدية عليه وقال سعيد بن جبير وطاوس وابو ثور لا شي فيها وقال ابن المنذر ليس لمن اوجب فيها شيا حجة وللمحرم ان يقرد بعيره وهو قول عمر بن الخطاب وابن عباس وجابر ابن زيد وعطا والشافعي وابن حنبل واكثر اهل العلم وكرهه ابن عمر ومالك وقال سعيد بن المسيب يتصدق بتمرة او بتمرتين قال ابن المنذر وبالاول اقول **قوله** ومن قتل جرادة يتصدق بما شا اعلم ان اهل العلم اختلفوا في الجراد فروي انه من صيد البحر لا جزا فيه وبه قال ابو سعيد الخدري قال ابن المنذر وعن ابن عباس وكعب بن عجرة وهو من صيد البحر وقال عروة من نثرة حوت وروى ابو داود وبإسناده انه من صيد البحر وكذا ذكره الترمذي من حديث ابي المهزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الجراد صيد البحر وامر بأكله وهو بصري متروك ويروى ما من جراد وجلا من جراد والدبا الكبير من الجراد والصرم الجماعة وعن عمر انه امر في جرادات بقبضة من طعام وعنه التمر فانه احب الي من جرادتين خرجه سعيد بن منصور والصحيح انه من صيد البر وعليه الاكثر قال ابن عمر في الجرادة تمرة وقال ابن عباس فيها قبضة من طعام والتمرة بطريق القيمة وقال ابو داود الحديث المتقدم وهم وقال النواوي الجراد من صيد البر المشهور وجواب قوله نثرة حوت ان ذلك اصله والا صيد البحر ولهذا اتوت في البحر والما ولا اعتبار للاصل وقد كانت الحمر متوحشة فانسها اسماعيل عليه السلام وهي الان متوحشة بالهند ذكره القرافي وفي المغني لو سد الجراد طريقه يحتمل ان يقال لا ضمان فيه كالصايل ويحتمل ان يجب فيه الضمان لانه اتلفه لمنفعة نفسه فاشبه المضطر ومن حلب صيد الحرم او صيد الحرم والحل فعليه قيمته وهو محرم لان اللبن من اجزا الصيد وهو مضمون بجميع اجزايه وهو قول الشافعي وابن حنبل وقال الروياني من الشافعية والقاضي من الحنابلة لا يضمنه وهو قول مالك ذكره في الذخيرة وقال النواوي قال ابو حنيفة رحمه الله ان نقص الصيد ضمنه والا فلا ونقله عنه غلط وقول الكرماني في مناسكه لو حلب الصيد فعليه ما نقص بحلبه يريد به نقص الصيد مع ضمان اللبن ومن قتل ما لا يوكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزا ولا فرق في ذلك بين سباع

البهايم

البهايم وسباع الطير على ما ذكره الا ما استثناه الشرع وهو الفواسق الخمس على ما تقدم • وقال الشافعي لا شي فيما لا يوكل لحمه كالسمع بكسر السين وسكون الميم وهو المتولد بين الذيب والضبع • وفي الذخيرة المالكية صيد البر يحرم على المحرم ما يوكل لحمه وما لا يوكل خلافا للشافعي في يلزم الجزا بقتله لنا قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم وهو عام في الماكول وغير الماكول وقد اوجب الشافعي رحمة الله عليه الجزا في الوطواط والهدهد ذكره النواوي وهما لا يوكلان ذكره البيهقي وقد تقدم وفي السمع وهو لا يوكل عنده واسم الكلب لا يتناول السبع عند الاطلاق وان احتمل فلان على بابه كلاب او هو من الكلاب لا يفهم منه الاسد وهو مقصود بالاصطياد اما لجلده او ليصطاد به كالفهد او لدفع شره واذاه عن الناس وقياس السباع على الفواسق ممتنع • وفي البدايع لا يجب في قتل الاسد والنمر والفهد شي لانها في معنى الفواسق الخمس فكان ورود الشرع في ذلك ورودا فيها وان كان منصوصا وعامة الكتب يجب الجزا في الاسد والنمر والفهد وقال الزهري الثعلب سبع وقال ابن ابي نجيح ما كان نراه الا سبعا وقال ابن المنذر سبع داخل فيما حرمه النبي صلى الله عليه وسلم من السباع غير خارج عنه لسند ذكره في الاشراف واوجب الشافعي فيه شاة واباح اكله **وقوله** والعرف املك اي اوجب وقيل اقوى وهو صحيح فلا يجاوز قيمة السبع شاة او سبع بدنة وكذلك ما كان غير ماكول اللحم ذكره الاسبيجابي وغيره هذا ظاهر الرواية وذكر الكرخي انه لا يبلغ به دم بخلاف الماكول فانه يجب قيمته معلما لصاحبه وغير معلم لله تعالى كفارة • وفي الكرماني لا يقوم الجزا على المحرم الا بقيمته لحما • وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا كان الصيد بازيا معلما صيادا او حمامة يجي من المواضع البعيدة يعتبر قيمته لها عندنا لان الضمان تعلق بكونه صيدا لا صناعة فلا عبرة بها وفي غيره يعتبر حيا غير معلم • وفي البدايع لو قتل صيدا معلما كالبازي والشاهين والصقر والحمام الذي يجي من مواضع بعيدة ونحو ذلك يجب عليه قيمتان قيمته معلما لصاحبه بالغة ما بلغت وقيمته غير معلم لله كفارة وهذه الصناعة وصف مرغوب فيه في حق العباد فيجب ضمانه وفي حق الله تعالى يجب الضمان باعتبار كونه صيدا لا غير لعدم انتفاعه به وفي ذوات الاصوات الحسنة روايتان قيل كذلك كالحمامة المطوقة والفاختة المطوقة ووجه الرواية الاخرى ان

كونها مضمونة لا يرجع الى كونه صيدا فلا يلزم المحرم ضمان ذلك ويرد عليه النظر
وحسن الصيد وملاحته وانما الايراد على الشاة لان الواجب باعتبار اراقة الدم
لا باعتبار اللحم لانه غير ماكول وباراقة الدم لا يجب الا دم واحد ولان اعتبار
قيمته لمكان جلده فمن هذا الوجه لا يرد على الشاة ويايد بقوله عليه
السلام الضبع صيد وفيها كبش وهي غير ماكولة ويدل على ما رواه خزيمة
بن جزء قال قلت يا رسول الله ما تقول في الضبع فقال عليه السلام من ياكل
الضبع وروى الحافظ ابو عبد الله بن منده باسناده وفيه قال فما تقول
في الثعلب قال ومن ياكل الثعلب قلت فما تقول في الذيب قال ومن ياكل الذيب
الا من لا يعلم قلت فما تقول في الضبع قال ايا كلها احد رواه في الامام من
طرق وحديث النهي عن اكل كل ذي ناب من السباع رواه البخاري ومسلم
وقال الاوزاعي فقها الشام يكرهون اكل الضبع وكرهه سعيد ابن المسيب
والثوري ومالك وابن المبارك وجماعة واباحه عطا والشافعي وابن
حنبل ذكره ابن شداد في احكامه وقال ابو عيسى روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم كراهة لحم الضبع وليس اسناده بالقوي ولم ينص على ضعفه
والضبع من الكواسر وهي تنبش القبور وتخرج الموتى من قبورها وتاكل
لحمها فان ثبت النهي عن الجلالة فما ظنك باكلة موتى بني ادم وقال ابن حزم
قد ناقض الشافعي في الثعلب فانه ذو ناب ولم يات تحليله في خبر قط وليس
هو صيد اقلت هذا تخليط منه وقول باطل يرد عليه قول عنترة في شعره
وقد تقدم فثبت انه صيد عند اهل اللسان وهو من اجل الصيود في الشرع
والعرف لشرف جلده ومنه يتخذ الفرا النفيسة واجماع الامة عليه
ولم يات نص ولا قول صاحب ولا قياس انه ليس بصيد وهو داخل في عموم التحريم
مع ان قول الصاحب والقياس ليسا بحجة عنده ثم قال النسر صيد حلال
اكله وفيه الجزا ليت شعري باي شي ثبت حله عنده من غير نص وما الجزا
الذي يجب عنده به فلا قران ولا سنة ولا قياس والنص اوجب المثل والقيمة
ليست مثلا عنده فلا نقول بالقياس ٥ وفي البدايع الصيد الذي لا يوكل
كالضبع والثعلب وسباع الطير ينظر الى قيمته لو كان ماكول اللحم **قوله**
واذا صاد السبع عليه فقتله فلا شي عليه وقال زفر يجب عليه الجزا قال ابن
المنذر اجمعوا ان السبع اذا بدا المحرم فقتله لا شي عليه ٥ واختلفوا فيمن
بدا السبع فقال مجاهد والنخعي والثوري واسحق وابن حنبل لا يقتله ويجب

عليه

عليه جزاؤه عند الاوزاعي والحسن بن حي ذكره القرطبي وقال عطا وعمرو بن
دينار والشافعي وابو ثور يقتله واختاره ابن المنذر ٥ وفي المحيط الضبع
والثعلب الذي لا يبتدي بالاذى غالبا لو عدا عليه فلم قتله ولا شي
عليه عندنا ٥ وقال زفر يلزمه الجزا في الكل ولو ابتدا بالاذى بقر الوحش
او حمار الوحش فقتله يلزمه الجزا لان الغالب منهما عدم الاذى قال الكرماني
في مناسكه ذكره الطحاوي ٥ وفي المنتقى اذا تعرض للمحرم شي من صوار الطيور
والمحرم دفعه بغير سلاح فقتله فعليه الجزا وان لم يمكنه الا بسلاح كالعقاب
والنسر ولا شي عليه ٥ وجه قول زفر ان عصمته باقية اذ لو سقطت
لسقطت بفعله وفعل العجما جبار اي هدر فصار كالجمل الصايل ولعامة
اهل العلم ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل ضبعا واهدى كبشا وقال
انا ابتداناه ذكره في المبسوط وغيره ٥ وفي الاشراف عن علي ان قتله قبل
ان يبدا عليه ففيه شاة مسنة ولان المسلم المعصوم الذي لو شهر
السيف على غيره فقتله كان دمه هدرا فالسبع اولى ولان المحرم ممنوع
من التعرض لا من دفع الاذى عن نفسه حتى كان ماذونا له في دفع المتوهم من
الاذى كما في الفواسق الخمس ومع التحقق اولى ومع الاذن من صاحب الحق
لا يجب الجزا حقا له ويرد عليه ان الاذن لا يمنع الضمان كالمريض اذا حلق
ويجيب عنه بان الصيال فعل اختيار من السبع فكان مسقطا لحرمته
والمرض افة سماوية ولانه لما ابتدا بالاذى التحق بالموذيات طبعا
فسقطت عصمته بخلاف الجمل الصايل لانه لم يوجد الاذن فيه من
صاحب الحق وهو العبد المالك له ٥ وفي الاسبيجابي عن ابي يوسف انه
لا شي عليه في الجمل الصول وهو قول الشافعي فيمتنع فان اضطر
المحرم الى اكل صيد فقتله فعليه الجزا اما اباحة اكله فمجمع عليه فاذا
قتله يجب عليه الجزا وجد غيره او لم يوجد وقال الاوزاعي اذا قتله
في حال الضرورة فلا شي عليه لنا عموم الاية ولانه قتله لحاجة نفسه
فاشبه الحلق لدفع الاذى عنه واكل مال الغير في المخمصة فان وجد
صيدا وميتة ياكل الميتة ويدع الصيد وهو قول الحسن البصري
والثوري ومالك وابن حنبل وقال الشعبي واسحق ياكل الصيد واختاره
ابن المنذر وهو قول ابي يوسف والاول قول ابي حنيفة ومحمد على ما ذكره
المرغيناني ٥ وفي الذخيرة جعله رواية الحسن عن ابي حنيفة واختار

الحسن قول ابي يوسف وجه الاول ان ذبيحة المحرم ميتة فكان فيه ارتكاب
اكل الميتة وذبح الصيد فالميتة اخف وان وجد ميتة ولحم صيد ذبحه
محرم ياكل لحم الصيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان وجد صيدا
ومال مسلم ذبح الصيد ولا ياكل مال المسلم لحاجة الصيد وان وجد لحم كلب
وصيدا حيا ياكل لحم الكلب ذكره في الذخيرة وان وجد لحم انسان وصيدا
يذبح الصيد وكذا ذكر المسائل في المحيط وفي المبسوط اذا اضطر الى ميتة
او صيد فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يتناول من الصيد ويؤدي الجزاء
وعلى قول زفر يتناول من الميتة ولا يقتل الصيد ذكره في اختلاف زفر
ويعقوب وفي الخزانة عن ابن سماعة الغصب اولى من الميتة وهو اختيار
الطحاوي وعند الكرخي يخير بين مال الغير وتركه **قوله** ولا باس للمحرم
ان يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي وفي اكثر
الكتب البط الكسكري والكسكري من طساسيج بغداد والطسوج الناحية
كالقرية ونحوها معرب وينسب البط الكسكري اليه وهو مما يستانس في
المنازل وطيرانه كطيران الدجاج الوف في المساكن والحياض باصل الخلقة
غير متوحش وفي المبسوط والمحيط في البط الذي يطير يجب فيه الجزاء ولا يحل
لانه متوحش ممتنع بجناحيه ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء وهو
الذي ينبت الريش على رجليه خلافا لمالك هكذا ذكره الاصحاب عنه
وقال سند قال مالك ليس في الحمام المتخذ في البيوت جزاء وقال اصبغ
فيه الجزاء مع الجماعة وفي الذخيرة اجاز مالك ذبح الاوز والبط وقاسه
على المستانس والدجاج وخالفه الجماعة فيه والاوز من الطيور والدجاج
جنس اخر وفي الذخيرة ذكر مالك ذبح الحمام الوحشي ولحمام الرومية
التي لا تطير لان اصلها صيد واجاز ذبح الاوز والدجاج وما استانس
من الاوز والجمل والقطا لا يحل للمحرم ذبحه وما تناسل في البيوت وليس
له نهضة الطيران من البط او الاوز فله ذبحه كالدجاج ذكر ذلك كله
في الذخيرة المالكية وعندنا لا يذبح الاوز ولا طيور الماء لانها صيد
ذكره الاسبيجابي وفي المغني كل ما ليس بوحشي لا جزاء فيه ولا يحرم على
المحرم ذبحه واكله كالدجاجة ونحوها وهذا لا نعلم فيه خلافا بين اهل
العلم والاعتبار بالاصل فلو استانس الوحشي وجب فيه الجزاء دون العكس
وفي المحيط والبدائع الحمام المسرول صيد لانه متوحش باصل الخلقة

وان الف بامر عارض والاصل لا يعتبر بالعارض كالظبي وحمار الوحش فان قيل
اليس انه لا يحل بذكاة الاضطرار حتى لو رمى سهما الى برج حمام ولو كان صيدا
حل بذكاة الاضطرار والجواب ان من الاصحاب من قال يحل بذكاة الاضطرار
ذكره في المحيط وكذا النواوي وليس كل ما لا يحل بذكاة الاضطرار يكون غير
صيد ولا ما حل بها يكون صيدا الا ترى ان من اخذ صيدا لا يحل بذكاة
الاضطرار وكذا الفرخ وهو صيد يجب الجزاء بذبحه ولو ند ثور فلم يقدر
عليه يذكى بذكاة الاضطرار وليس بصيد وكذا الوتد في بئر فذكاة
الاضطرار متعلقة بالعجز لا بكونه صيدا والحمام ياوي بالليل الى البرج
فيمكنه اخذه بغير حيلة فلهذا اجاز بيعه في هذه الحالة وفي الكتاب
لا اعتبار بالعارض كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم
الا في حق الذكاة كما تقدم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل
اكلها وكذا اذا ذبح صيد الحرم للمحرم والحلال وبه قال مالك وابن حنبل
والصحيح من قول الشافعي وحكاه ابن المنذر عن الحسن البصري والاوزاعي
والقاسم وسالم واسحق وقال الحكم والثوري وابو ثور وعمرو بن دينار
وايوب ياكله الحلال وهو كذكاة السارق وفي شرح المهذب للنواوي
ذبيحة المحرم حرام عليه بلا خلاف وفي تحريمه على غيره قولان الجديد
تحريمه وهو الاصح عند اكثرهم وفي القديم حله وصححه كثير منهم فاذا
خرج من احرامه ففي حله طريقان احدهما اباحته له لزوال المانع وهو
الاحرام وذبح الحلال صيد الحرم كذبح المحرم في الاصح من الطريقين وفي تحريمه
على غيره قولان الجمهور ان فعله غير مشروع فاشبه ذبيحة المجوسي وهذا
لان اللحم لا يخلو عن قليل دم مسفوح فاذا كان الفعل مشروعا قام مقام المميز
بين اللحم المسفوح واللحم فما لم يكن ... وتيسيرا للامر على المكلف فعند
عدم الفعل المشروع يرجع الى الاصل وصار كما لو قتله من غير المذبح المشروع
فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة وقال
عطاء عليه جزاء اخر وقال ابو يوسف ومحمد ليس عليه قيمة ما اكل وهو قول
الاكثر منهم من الائمة الثلاثة لهم انه ميتة فاكل منها فيجب عليه الاستغفار
دون القيمة لانه لا قيمة للميتة فصار كما لو اكله غيره ولابي حنيفة انه
تناول محظور احرامه وهو الذي اخرج الصيد عن محلية الذكاة والذابح
عن اهليتها فكان كونه ميتة موجب احرامه فاضيفت حرمة تناوله

بواسطة صيرورته ميتة الى احرامه فكان الواجب بسبب تناوله محظور
احرامه لا باعتبار كونه ميتة ولان مقصوده من ذبح الصيد تناوله فلا
يخلو المقصود من الكفارة لانها اذا وجبت بالوسيلة التي هي الذبح من غير
اكل فبالاكل الذي هو المقصود بالذبح اولى بخلاف الميتة وبخلاف محرم
اخر لانه لا صنع له في صيده وذبحه ولا مقصود حتى قال الجصاص لو
اطعم كلابه ميتة يضمنه ايضا لاضافته الى احرامه وان اكل منه قبل
اداء الجزاء لا يضمنه لدخوله في ضمان النفس كمن نتف ريش طاير واعجزه
عن الطيران ثم قتله قبل اداء الجزاء لا يضمن الا قيمة واحدة ذكر ذلك
كله في المحيط ووجه اخر ان المقتول ظلما كالحي من وجه حتى لا يرثه
القاتل وكالميت حتى يعتق ام ولده اذا قتلته ففيما يبتني الامر فيه
على الاحتياط جعلناه حيا في حق القاتل وهو جزاء الاحرام مجازاة له بنقيض
قصده ولو كسر المحرم بيض صيد فادى جزاءه ثم سواه فاكله لا يلزمه شي
لان وجوب الجزاء في البيض على خلاف الدليل ولهذا اختلف العلما في
وجوب الجزاء في البيض فمن اوجب فيه الجزاء انما اوجبه باعتبار انه اصل
الصيد فلم يبق هذا المعنى بعد كسره وكذا اذا احرم عليه بالاشارة او
الدلالة يضمن ما اكله وفي الكتاب قالوا فيه روايتان وفي المبسوط
لو دل المحرم حلالا على قتل الصيد يلزمه الجزاء فلا يحرم تناوله قوله
ولا باس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم
عليه ولا امر بذبحه ولا صيد له وهو قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان
والزبير بن العوام وابي هريرة وعايشة وطلحة بن عبيد الله وكعب
الاحبار وابن جبير وهو قول الكوفيين واصبغ من المالكية وقالت
طايفة لا يحل له ما صاده له او صاده من اجله وهو قول مالك في الظبية
والشافعي وابن حنبل واسحق وابي ثور وذكر ابن القصار من المالكية
ان وجوب الجزاء على اكله المحرم استحسانا لا قياسا وقال الحافظ ابو
جعفر ان كان بامره يحرم عليه وقال ابو عبد الله الجرجاني لا يحرم قال
القدوري هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي واذا صيد بامره
او كان الصايد اجيرا له حرم عليه لانه صيد له وعند عدم ذلك لم يوجد
منه مباشرة ولا تسبب وفي الذخيرة المالكية ما ذبح من اجل المحرم بامره
او بغير امره يحرم على المحرم والحلال ذبحه او محرم فان اكل منه فعليه

جزاؤه كله وان اكل منه يسيرا وعن مالك ان كان اكله حلال فلا شي عليه وان
كان اكله منه محرم اخر ففيه روايتان وقال الشافعي على المحرم الذي
صيد من اجله بقدر ما اكل منه وهو قول احمد وفي الحديث للشافعي لا شي
عليه وفيه مذهب اخر وهو انه يحرم على المحرم اكل الصيد مطلقا روي
عن علي وابن عمر وكرهه طاوس وجابر بن زيد وروي ايضا عن ابن عباس يطا
ما ذبح وانت محرم فهو حرام عليك وفي حديث الصعب بن جثامة انه
اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء او
بوادان فرده عليه فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم
متفق عليه وجثامة بفتح الجيم وتشديد الثا المثلثة وفي رواية بتو حمار
وحش وفي رواية عضوا من لحم صيد هذه الروايات كلها في صحيح مسلم
واشار البخاري ان هذا الحمار كان حيا ويحكى عن مالك ايضا قال النواوي
هذا باطل مردود وفي الصحيح اكل ما صاده ابو قتادة وهو في صحيح مسلم
وامر باكله وفي حديث الصعب اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عجز حمار وهو بالجحفة فاكل منه واكل القوم قال البيهقي باسناد صحيح
قال النواوي فكانه اللحم ورد الحمار وللايمة الثلاثة حديث جابر ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال الصيد حلال لكم ما لم تصيدوه او يصاد لكم
رواه ابو داود والترمذي والنساي وفيه عمرو بن ابي عمرو المدني
قال النساي ليس بالقوي وان كان قد روى عنه مالك وقال يحيى بن معين
هو ضعيف ليس بحجة قال النواوي لما روى الشافعي الحديث لا يثبت الا مرا
قلت هذا مسلم عند اهل الحديث فان الناقل للحديث كالناقد للذهب هذا
بنهرج لا يساد عن تفسيره ولا يقال له ما الدليل عليه وقد ضعفه
الترمذي من جهة اخرى وهو الانقطاع فقال لا يعرف للمطلب سماع من جابر
رضي الله عنه ولنا ان ابا قتادة لم يصد حمارا الوحش لنفسه خاصة بل
صاده له ولا صحابه رفقته الذين كانوا معه فقد اباحه رسول الله صلى
الله عليه وسلم له ولهم وهم محرمون ولم يحرمه عليهم لا ارادته ان يكون
له سلوما معهم قاله الحافظ ابو جعفر ولانه ليس لاحد ان يحرم على غيره
من غير صنع منه ولا تسبب ما كان حلالا له والحديث لو صح يحمل على الصيد
الحي دون اللحم او يحمل على انه صيد له بامره كما تقدم وظاهر العربية او يصد
لكم بغير الف كذا رايته في المنتقى لابن تيمية بغير الف وفي الامام روي

ابن ابي العوام الحافظ من جهة احمد بن شعيب النسائي باسناده الى حماد بن ابي سليمان شيخ ابي حنيفة رحمه الله عليه عن ابي حنيفة عن هشام بن عروة عن ابيه عن جده الزبير بن العوام قال كنا نحمل الصيد صفيفا وكنا نتزوده ونحن محرمون مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صاحب الامام الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد ورواه الحافظ ابو عبد الله الحسين بن محمد بن خسرو البلخي في مسند ابي حنيفة رضي الله عنه من هذا الوجه عن هشام وفيه نتزوده ونأكله ونحن محرمون مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى ابو يعلى الموصلي في مسنده ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن محل اصاب صيدا ايأكله المحرم قال نعم انتهى كلامه في الامام وفي المغرب الصفيف القديد المجفف في الشمس وفي المنتقى لا قطع في اللحم طريه وصفيفه وفي شرح المهذب للنواوي لو كسر المحرم بيض صيد او قتل جرادا يحرم عليه وعلى غيره بلا خلاف على القولين الجديد تحريمه وقيل فيه طريقان الثانية القطع باباحته واختارها ابو الطيب وصححها الماوردي والمتولي والروياني في البحر وبها قطع حسين في تعليقه والبغوي قال الماوردي وجعل بعض المتاخرين يحكي في تحريمه قولين قال وهو جهل قبيح لاحتياج الى ذكاة بخلاف اللحم فصار كقتل المجوسي فانه يوكل ولو ذبحه لا توكل ولو ذبح المجوسي الجراد يوكل وقطع الماوردي بحرمة بيض المحرم على كاسره وعلى جميع الناس قلت قول الماوردي جعل بعض المتاخرين يحكي قولين وانه جهل قبيح ان كان هذا الحاكي للقولين مجازفا في نقله وهو غير ثقة توجه كلامه عليه وان كان عدلا ثقة في حكايته للقولين وهو ناقل ذلك عن امامه لا يتوجه ما ذكره الماوردي من الجهل القبيح عليه لانه ناقل واثق بنقله ويعود حينئذ هذا الكلام الذي ذكره الماوردي على امامه القائل لا على رواية حاكيه وفي المغني لا يحل اكل بيض الصيد اذا كسره محرم وان كسره حلال فهو كلحم الصيد وقال القاضي منهم يحرم البيض الذي كسره على الحلال كذبحه قال ويمكن ان يقال باباحته ككسر المجوسي والوثني لعدم توقفه على الذكاة وفي المبسوط لو اصاب انسان بيض صيد فاعطاه محرما فشواه يلزم المحرم جزاؤه ولا باس باكله بخلاف الصيد لعدم حاجة البيض

الى الذكاة ولهذا يستوي المسلم والمجوسي في البيض دون الصيد فكذا المحرم والحلال ومثله في المحيط وفي البدائع ان شوى جرادا فضمنه لا يحرم اكله فلو اكله او غيره لا يلزمه شيء كان محرما او حلالا وفي خزانة الاكمل يجوز اكله للحلال واطلق الاكل في غيره وعلل بانه ليس بميتة لعدم افتقاره الى الذكاة قوله وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال فعليه قيمته يتصدق بها على الفقراء وهذا لا خلاف فيه بين اهل العلم وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى حرم مكة لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا ينفر صيدها فقال العباس الا الاذخر فانه لقبورنا وبيوتنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا الاذخر متفق عليه من طرق والخلا بفتح الخاء المعجمة مقصور وهو رطب الكلا وبالمد المكان الخالي الذي ليس فيه احد والحشيش هو اليابس من الكلا وهو هشيم ايضا ومعنى لا يعضد لا يقطع بالمعضد وهو السيف او المنجل لا يختلى اي لا يحتش حشيشها ولا يعضد من ضرب وعضده اي ضرب عضده من دخل ثم انه قيد بذبح الحلال لوجهين احدهما ان الحلال لا يجب عليه جزاء بذبح الصيد الا في الحرم فكان هو المختص بهذا المحل بخلاف المحرم والوجه الثاني ان المحرم اذا قتل صيد الحرم يلزمه كفارة واحدة لاجل احرامه ولا يجب عليه شيء لاجل الحرم في جواب الاستحسان لان معنى تفويت الامن متى اعتبر مرة لايجاب الضمان لا يعتبر ثانيا لايجاب ضمان اخر ورجحنا جهة الاحرام لاشتماله على معنى الحرم ايضا وضمان الحرم لا يشتمل على ضمان الاحرام فكان ايجاب ما هو مشتمل على المعنيين اولى وفي المحيط الاصل ان الواجب بقتل الصيد على المحرم كفارة وبدل عليه عند الثلاثة من اصحابنا وعند زفر كفارة وعند الشافعي وابن حنبل بدل اعتبره الشافعي بحقوق العباد وزفر يقول وجوب الجزاء انما كان باعتبار الجناية على احرامه ولا يجوز ان يكون بدلا عن المتلف لانه ليس بمال متقوم لان الصيد قبل الاحراز مباح والمباح لا يتقوم الا بالاحراز فكان الواجب جزاء الجناية وهو كفارة ولنا انه قد اجتمع في حقه سبب وجوب الكفارة وهو الجناية على احرامه بارتكاب محظور احرامه وسبب وجوب البدل وهو اتلاف الصيد الممنوع عن قتله وقد ثبت تقومه وخطره بامر الشرع حتى يتعذر الواجب بالقتل بقيمة الصيد كما في صيد الحرم فكان مركبا منهما واعتباره باموال الادميين

غلط لوجوه احدها ان الاطعام والصوم لا يدخلهما في اموال الادميين
ثانيها ان ايجاب النظير من غير جنس المتلف في ذوات القيم لا يشهد له
الشرع في اموال الادميين ثالثها ان ايجاب الشاة بقتل حمامة الادمي
خلاف الاجماع وانما يعتبر تقويم المتلفات في حقوق الادميين اذا كان المتلف
من ذوات القيم باحد النقدين رابعها ان الله تعالى اوجب الكفارة بقوله
او كفارة طعام مساكين فلا يكون الواجب في حقوق العباد باتلاف
اموالهم كفارة فلا يجزيه الصوم في قتل صيد الحرم عند الثلاثة من
اصحابنا وقال زفر ومالك والشافعي وابن حنبل يتخير بين الخصال
الثلاثة كما في حق المحرم وعن ابن حنبل في رواية الاطعام في الكفارة وانما
ذكر ليعدل به الصيام وهو مروي عن الشعبي وابي عياض وهو
مخالف النص وكيف يقول او كفارة طعام مساكين من غير وجوب
طعام ولا وجود مساكين اعتبروه بالمحرم ولنا ان الواجب فيه قيمة
المتلف فاشبه شجر الحرم بخلاف المحرم لان الواجب عليه كفارة
وللصوم مدخل في الكفارة دون قيمة المتلف لان الصوم يصلح
جزاء الافعال لا ضمان المحال فيوضح الفرق بينهما ان المعتبر في حق
المحرم حرمة الاحرام واحرام زيد غير احرام عمرو ولانه يجوز ان
يوجد احدهما دون الاخر وفي الحرم المعتبر حرمة الحرم والبقعة
وهي متحدة في حق الفاعلين ولان النص بالثلث ولم يرد الا في حق المحرم
ولا يجزي القيام عندنا في الكفارات وفي المبسوط والكرماني في
في اجزا اراقة الدم في صيد الحرم روايتان ذكرهما الكرخي كما
ذكر في الكتاب في رواية لا يجزي لانه ضمان المحل كضمان الاموال الا ان
يكون قيمته مذبوحا مثل قيمة الصيد فيجزي عن الاطعام وفي رواية
يجزيه وان دخل الحرم بصيد يجب عليه ارساله لانه من دخول الحرم
صار من صيد الحرم كما لو دخل الحرم صيد الحل بنفسه فاستحق الامن به
فلا يجوز اثبات اليد عليه قال ابن المنذر في الاشراق وهو قول ابن عمر
وابن عباس وعطا وطاووس واسحق ابن ابراهيم ابن راهويه وابن حنبل
ورخص فيه جابر بن عبد الله وابن الزبير وابن جبير ومالك والشافعي
وابو ثور واختار ابن المنذر فان باعه فيه رد بيعه ان كان قايما ويجب
جزاوه ان كان فايتا وقال الشافعي يجوز بيعه لحاجة العبد وغنى الشرع

ولنا

ولنا ان حرمة الحرم تمنع من التعرض الى الصيد في الحرم او صار هو من صيد
الحرم فاستحق الامن وما قاله الشافعي مردود بما لو احرم وله صيد
مملوك يزول ملكه عنه ويجب ارساله ويقدم حق الشرع فيه على حق العبد
على ما ياتي ان شا الله تعالى وكذا لا يجوز بيع المحرم الصيد من محرم او حلال
لما ذكرنا ولو ادخل الحرم بازيا او شاهينا او صقرا فعليه ارساله
فان ارسله فجعل يقتل حمام الحرم فلا شي عليه لانه لم يرسله على الصيد
قوله ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان
يرسله ولا يزول ملكه عنه وهو مذهب الاوزاعي ومجاهد وعبد الله
بن الحارث ومالك وابن حنبل وابي ثور لكن يجب ازالة يده عنه ان كان
في يده او رجله او خيمته او في قفص معه او كان مربوطا بحبل معه
وقال ابو ثور لا يلزم ازالة يده وصححه ابن المنذر وان كان في بيته
او قفصه لا يلزمه ارساله وبه قال مجاهد وعبد الله بن الحارث ومالك
واحمد وقال الشافعي في الاصح يجب ارساله ويزول ملكه عنه ومثله
عن مالك في الذخيرة وقال الابهري لا يزول ملكه والاول عن مالك
ذكره القرطبي في شرح الموطا اعتبره الشافعي بالملك في النكاح يستوي
فيه الابتدا والبقا وبالحرمة في النكاح ونحن اعتبرناه بحق الملك فانه
يمنع الابتدا ولا يمنع البقا ويدل على صحة قولنا ان الصحابة رضي الله
عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها
بذلك جرت العادة وهي من احدى الحجج ان المعروف كالمشروط وكثير من
المسايل مبني على العرف والعادة وفي المحيط ان كان الصيد في يده
يلزمه ارساله لتعرضه اليه في كل ساعة بخلاف بيته او قفصه لان ذلك
يد حكمية عليه ولم يتعرض اليه حسا وفي البدايع وكذا لو كان في
القفص معه ولو هلك في حال امساكه فعليه جزاوه ولو ارسله من
يده غيره يضمنه عنده وعندهما لا يضمنه واصله كسر المعازف
ولو ارسله من بيته او قفصه يلزمه ضمانه ولو ارسله من يده ثم حل
فوجده في يد غيره اخذه منه لانه لم يخرج به عن ملكه ولا معتبر
ببقا الملك في الصيد ولو اخذ محرم صيدا من يد محرم فارسله فلا
شي عليه ولا على الاول بالاتفاق لان المحرم لا يملك الصيد بشي من اسباب
الملك بخلاف الحلال اذا احرم وفي يده صيد فارسله غيره لانه ملكه

وانما المحرم علة التعرض اليه وبمكنه تركه في بيته او في قفصه فلم يتعين عليه
ارساله وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله على وجه لا يضيع فان
اصاب المحرم صيدًا فقتله محرم اخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه
اما الاخذ فلازالة الامن باثبات يده عليه ولم يتخلص من عهدته واما
القاتل باتلاف الصيد وهو محرم ويرجع الاخذ بما ضمنه على القاتل
خلافا لزفر ٥ وفي البدايع قيل هو قول ابي يوسف لان الاخذ لم يملكه
بالاخذ ولا بالضمان لانه لم يتملكه بساير اسباب التملك وانما وجب
عليه جزا الفعله ولا يجب ايضا تاكيد الضمان لانه لو اوجبه عليه
ابتدا فلا شي عليه في التاكيد اولى كالو حلق نايما او مكرها ولنا ان ملكه
لم يظهر في عينه يظهر في بدله كغصب المدبر وام الولد ولان الصيد
يملكه المحرم بالارث كما يملك الحر بخلاف المدبر وام الولد ولان الاخذ صار
علة للضمان بالقتل فقد جعل بالقتل فعل الاخذ علة للضمان واثبات علة
العلة كاثبات العلة بالضمان عليه ولانه لو قتله لتخلص من الضمان بارسا له
فقد قرر عليه ما كان على شرف السقوط ٥ وفي الاسبيجابي اكد عليه ضمانا
كان على شرف السقوط وعلى المؤكد ما على الموجب كشهود الطلاق قبل
الدخول قلت وهذا التعليل غير مرضي عندهم فانه منقوض بقتل بعاد لا
يرجع الزوج على القاتل ويعرف ذلك من الجامع في باب الشهادة في الايمان
ولو كان نصرانيا او مجنونا او صبيا فلا جزا عليه ويرجع عليه الا بقيمته
ذكره في المحيط والاصح من مذهب الشافعي ان من احرم في جن وقتل صيدًا
فلا شي عليه ذكره النواوي وعلله بانه بعيد يتعلق بالمكلفين ولم يجعلوه
من باب الاتلاف ثم قال لو قتل الكافر صيد الحرم يجب عليه الجزا في المشهور
من المذهب قال كضمان الاموال فخالف ما تقدم ولو قتله وفي يده بهيمة
ما ركانه مات حتف انفه فيجب عليه الجزا ولا يرجع به على احد وان كان ثم
القاتل في الحرم فكما لو كان محرما في الوجوب عليه والرجوع وان كان ثم
حلالا في الحل لا يجب عليه بقتله شي لكن يرجع الاخذ عليه بما غرم ذكره
الاسبيجابي وفي مناسك الكرماني حلال اخذ صيد الحرم فقتله في يده
حلال اخر فعلى كل واحد جزا كامل ويرجع الاخذ به على القاتل كما لو قتل
المغصوب في يد الغاصب ٥ وفي الكافي على القاتل قيمته لانها بدل العين
خلافا لزفر قال الكرماني بخلاف المحرم فانه لم يملكه فلم يرجع عليه بما غرم

فنفرق

فنفرق بين الحلال في صيد الحرم وبين المحرم كما يرى ٥ وفي المنتقى اذا كان المحرم
اخذ صيدًا منا لا يرجع على القاتل بشي لانه لم يغرم مالا وعن زفر او روى رشيد
عن محمد لو ذبح مجوسي صيدا في يد محرم فعلى المحرم الجزا احتياطا
كقتل السبع عند الشافعية وفيه خلاف زفر وغيره واختار ابن المنذر
وكذا ارسال الكلب على هذا الخلاف ومثله في المبسوط وذكر ابن حزم
عن عطا وقتادة وان كان في الحل وبينهما قطعة من الحرم فمر منها
السهم فاصاب الصيد لا يحرم ولا باس باكله ومثله في كتب الشافعية
ولو رمى صيدا او هما في الحل فنفر فاصابه السهم في الحرم فعليه الجزا
ولا يوكل ذكره في مناسكه ٥ وفي التحرير رمى صيدا او هما في الحل فدخل
الصيد الحرم فاصابه السهم فلا شي عليه ولكن لا يحل اكله وهو مستثنا ه
من اصل ابي حنيفة رضي الله عنه لانه يعتبر حالة الرمي لا حالة الاصابة
الا في مسئلة قال الكرماني اخذ فيها بالاحتياط قال صاحب التحرير
لان الذكاة عند الاصابة وهو صيد الحرم عنده قلت ذكر في جنايات
الكتاب اذا رمى صيدا وهو مسلم ثم تمجس فاصابه السهم يحل اكله قال
لان المعتبر حالة الرمي وهو نقض صحيح على علة الكرماني والحصري
وفي الكرماني لو كان قوايم الصيد في الحرم او بعضها وراسه في الحل
لا يحل ٥ وفي البدايع انما يعتبر القوايم في الصيد اذا كان قايما عليها
وان نام فجعل قوايمه في الحل وراسه في الحرم لا يحل قال فاذا بطل اعتبار
القوايم رجح الحظر على الاباحة ٥ وفي الينابيع يعتبر القوايم ان كان
قايما وجميعه ان كان مضطجعا فمقتضى ما ذكره في البدايع ان الحل لا
يثبت الا اذا كان جميعه في الحل في حال الاضطجاع ٥ وفي المبسوط اذا
اذا كان جزا منه في الحرم في حالة النوم ومن صيد الحرم قوله
فان قطع حشيش الحرم او شجره الذي ليس بمملوك وهو ما لا ينبته
الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه قال ابن المنذر في الاشراق
اجمع اهل العلم على اباحة ما انبته الادميون في الحرم من البقول
والزروع والرياحين ونحوها ٥ وفي المغني اجمع على تحريم قطع
شجر الحرم الا اذا اذخر وما زرعه الانسان وشجر الحرم انواع
اربعة الحال ان يكون من جنس ما ينبته الناس كاللوز والجوز
والكمثرى والتفاح ونحوها او من جنس ما لا ينبتونه كشجر الغيلان

ما لا وراك وكل واحد منهما اما ان ينبت بنفسه او ينبته منبت فلا يجب
الجزا الا في نوع واحد وهو الذي ينبت بنفسه مما لا ينبته الناس
ولا شي في الانواع الثلاثة لانها لا تنسب الى الحرم بل الى المنبت ولهذا
يملكها بالانبات فكانت اهليه ولم تكن اهليه حرميه ۵ وفي المبسوط
حرمة شجر الحرم كحرمة صيده فانه صيده يأكل منها ويأوي
اليها فتستظل بظلها وتتخذ الوكر على اغصانها وتسكن اليها
في الحر والمطر كالكهوف له وما ينبته الناس عادة فهو لهم والناس
يزرعون في الحرم ويحصدونه من عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم من غير نكير ۵ وقال مالك رحمه الله لا باس بما انبته الناس في الحرم
من النخل والشجر كما في البقول والزروع وهو قول ابن الخطاب وابن
عقيل من الحنابلة وقال القاضي منهم يجب الجزا وهو قول الشافعي
في الشجر بكل حال وهو المذهب عنده فاوجب الدوحة وهي الشجرة
العظيمة بقرة ورووه عن ابن عباس رضي الله عنهما وليس له صحة
وضعفه مالك رضي الله عنه وروى ابن حزم عن عطا ولم يذكره عن ابن عباس
وفي اصغر من ذلك شاه فالكبيرة مضمونة بالبقرة والصغيرة بالشاه
عند الشافعي وابن حنبل ولا اصل له الا ما يروى عن عطا والشافعي
رضي الله عنه لا يقلد اصحابه وقلد التابعي فيه مع مخالفه الاصول
وعن بعض السلف انه اوجب في الدوحة بدنة وفي الوتد مدا وعن
عبد الله ابن ابي نجيح في الدوحة سبعة دنانير وخمسة دنانير
والشجرة الصغيرة الجزله وقيل التي لا اغصان لها وعندنا الواجب
القيمه ۵ وفي المحلى لا يحل لاحد قطع شي من شجر الحرم ولا شوكه ولا من
حشيشه حاشى الاذخر واستثنى مالك والشافعي السنا ايضا
قال وهو خلاف امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويجب الضمان
باتلاف الشجر وهو مروي عن ابن عباس وعطا وبه قال الشافعي
وابن حنبل وعن عطا ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعي لا يحرم وهو
مردود بقوله صلى الله عليه وسلم لا يعضد شوكها في حديث ابن عباس
رضي الله عنهما في الصحيحين وفي حديث ابي هريرة رضي الله عنه لا يختلى
شوكها ولانه عليه السلام نهى عن شجر الحرم والغالب فيه الشوك
فكان مرادا بالنهي ۵ وقال الشافعي لا شي في قطع الشجر المؤذيه وهو

المذهب كقتل الصيد المؤذي وهو قياس بعيد وفي مقابلة النص
فهو فاسد الوضع كاستدلال الشافعيه بخبر الواحد فيما يعم
به البلوى واختار المتولي منهم انه مضمون وقطع امام الحرمين والغزالي
الى ان تحريم الشجر يختص بما لا يستنبته الناس وقال مالك وابو ثور
وداود الظاهري وابن المنذر لا ضمان في شجر الحرم ولا في حشيشه
كقطع المحرم في الحل قال ابن المنذر لا اجد دليلا فيه من كتاب ولا سنة
ولا اجماع ولنا الحديث الذي دل على تحريم ذلك فاشبه صيد الحرم
في حق الحلال ۵ وروى القدوري رحمة الله عليه في المناسك وابن حنبل
في المناسك باسناده عن عمر انه كان بالمسجد شجر يضر باهل الطواف
فقطعه وفداه وذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم بخلاف شجر
الحل فانه مباح قطعه للمحرم والحلال بخلاف شجر الحرم وحشيشه
ولا باس بقطع شجر الحرم اليابس والانتفاع بما انكسر من اغصانه او
انقلع بغير فعل ادمي وما تساقط من ورقه قال صاحب المغني ولا
نعلم في هذا اختلافا وقال ابن حزم في المحلى ان وجد غصنا مقطوعا فله
اخذه وفي الدوحة يقطع فمن شبهه بالصيد لم ينتفع بحطبها
كالصيد يذبحه فيه ذكره في المغني وفي المبسوط لا احب ان ينتفع
بما قطعه من شجر الحرم وادى قيمته لما فيه من التطرق الى استهلاك
شجر الحرم وتملكه ولو انتفع به فلا باس به لانه ملكه باداء القيمة
وفي المرغيناني عن ابي يوسف لا باس لغيره من محرم او حلال ان ينتفع به
ولو باعه تصدق بثمنه لخبث الثمن وفي الوبري لا باس بان يصرفه
في حوائجه ۵ وفي الكرماني لو حش حشيش الحرم فنبت مكانه مثله
سقط ضمانه وقال النواوي لم يلزمه شي قولا واحدا وفي المغني يضمن
اغصانه فان نبت مكانه غيره ففيه احتمال وقال الشافعي له اخذ
ورقه واغصانه وقال النواوي من غير خبط وكسر الشجر فان قلع
الشجرة وغرسها في مكان اخر من الحرم فيبست ضمنها وان نبتت لا
يضمنها فان غرسها في الحل فنبتت فعليه ردها الى الحرم فان تعذر
ضمنها ولو اخذ شجرة او غصنا من الحل فغرسها في الحرم لا ياخذ حكم
شجر الحرم ذكره النواوي رحمة الله عليه وكذا عندنا لانه انبتها ادمي
بخلاف صيد الحل اذا دخل الحرم يصير من صيد الحرم ويجب الجزا بقتله

وياخذ عند الشافعية ثمار شجر الحرم وشجرة الاراك تسمى الكباث وياخذ
عود السواك بخلاف ورق الشجر للتداوي وما زرعه الادمي
من غير الاشجار كالحنطة والشعير والذرة والدخن والبقول والخضراوات
فلمالكها قطعها وعلى غيره قيمته لمالكه ويجوز قطع الاذخر وهو
اجماع والشوك وفي السنا خلاف وقد تقدم والكلا يحرم قطعه وقلعه
وفي المبسوط والمحيط والبدايع وغيرها ان الشجرة اذا كان اصلها في
الحرم واغصانها في الحل او على العكس فالمعتبر في القطع اصلها فان
كان الاصل في الحل فقطعها وان كان في الحرم لا يحل ووجب الضمان به وهو
قول الشافعي وابن حنبل وان كان بعض الاصل في الحرم وبعضه في الحل ضمن
الاصل والاغصان عند الايمة الثلاثة تغليبا لجانب الحرم واتيان الفقرا
كما في تقويم العروض في الزكاة فصار كالصيد اذا كان بعض قوايمه في
الحرم وبعضها في الحل وهذا بخلاف الرمي الى الصيد اذا كان على اغصانها
وهي في الحل واصلها في الحرم او على العكس فان الاعتبار فيه الاغصان دون
اصل الشجرة ذكره في المبسوط والبدايع والاسبيجابي والكرماني والفرق
ان الاغصان تابعة للاصل في حق القطع كاليد والرجل للانسان ولهذا
يملك الاصل وهي اصل في حق الصيد لان الصيد لا قرار له في مكانه بل ينتقل
من غصن الى غصن ومن مكان الى مكان فصار كالمنتقل من غصن الى غصن في
تلاوة الشجرة على الاصح فانه لا يعتبر فيها اصل بل يعتبر اغصانها
التي هي مكان تقدم السالك ولا يرعى حشيش الحرم عند ابي حنيفة ومحمد
وابن حنبل رضي الله عنهم وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى وعطا ومالك والشافعي
رحمه الله عليهم ورواية عن احمد يجوز وهو قول داود الظاهري
ذكره في المحلى والله اعلم وجه قولهما ان في المنع منه حرجا لانه تغيير
استصحاب العلف من الحل فاشبه حفر البير فيه للبول والغايط وبنا
التنور للخبز وضرب الفسطاط فيه والنزول عليه ودوسه بالاقدام
وعن ابن عباس اقبلت راكبا على اتان فوجدته عليه السلام يصلي بالناس
بمنى الى غير جدار فدخلت في الصف وارسلت الاتان ترعى اتفقا عليه
ومنى من الحرم قلت لا حجة فيه لانه لم يكن عن قصد بفعله في ذلك ولا
علم به صلى الله عليه وسلم فاقره عليه ولو حبسه لعلف البهايم فلا ضمان
عليه في احد الوجهين وفي المبسوط قال ابو يوسف لا باس بالرعي لان الذين

يدخلون

يدخلون الحرم للحج والعمرة يكونون على الدواب ولا يمكنهم منعها من رعي
الحشيش ففي ذلك من الحرج ما لا يخفى فرخص لرفع الحرج قال وقال ابن
ابي ليلى لا باس بان يحتش ويرعى لاجل البلوى والضرورة انتهى كلام صاحب
المبسوط فافهم على قول ابي يوسف انه لا يرسل دابته على الحشيش
اختيارا خلافا لابن ابي ليلى وفي خزانة الاكمل قال ابو يوسف لا باس برعي
حشيش الحرم ومثله في المرغيناني والاسرار والاسبيجابي والله اعلم
ولنا ما قدمناه من الحديث الصحيح ولا فرق في اتلافه بين الاحتشاش باليد
او بالمنجل او غيرهما وبين اتلافه بارسال الابل والماشية عليه فصار
كنزوع النار ويمكن حمل العلف والحشيش من الحل ولو كان محتاجا ورخص
فيه يكون بشرط الضمان كقتل صيد الحرم للمضطر والبلوى انما تعتبر
فيما لا نص فيه بخلافه ومع وجود النص بخلافه لا تعتبر هكذا قاله شمس
الايمة السرخسي رحمه الله في المبسوط لكن يبطل ما ذكره بالنقوض التي
اوردها انفا وهي حفر البير واخواته والفرق الامكان وعدم الامكان
والمسافر جمع مشفر للبعير وهو كالجحفلة للفرس وهي كالشفة للانسان
ذكر ذلك الجوهري وغيره والاذخر بكسر الهمزة وسكون الذال المعجمة
والخا المعجمة وبعدها را حشيشة طيبة الريح يسقف بها البيوت فوق
الخشب قال المنذري في كتابه شرح سنن ابي داود وهمزتها زايدة
وهكذا ذكره الجوهري وغيره والاذخر بكسر الهمزة وسكون الذال
المعجمة والخا المعجمة وبعدها را حشيشة طيبة الريح وجعل الهمزة
مزيدة في الثلاثي قلت في هذا نظر اذا عدم الاشتقاق فتردد الحرف
بين ان يكون مزيدا في الثلاثي وبين ان تكون اصلا وتكون الكلمة رباعية
يجعل الوزن اصلا ولا يجعل الحرف زايدا ذكره ابن الحاجب وقال ابن مالك
ما لم يعلم زيادته من الحروف بدليل فهو اصل وانما حكموا بزيادة الهمزة
في النجح لتعذر اصالتها في النجوح لعدم فعلل وجعلوا التا في سعلم مزيدة
وان كان فعلل موجودا في العربي لتعذر اصالتها في تسغل لعدم فعلل بفتح
الاول ومع هذا ان ابن عصفور في التمنع هذا الاصل في تسغل وترتب فجعله
فعللا وعلى العجمة على التخفيف وحكم على ترجمان انه فعللان كعضموم الاول
وان الفتحة تخفيف فيه ولم يجعل البا زيادة فيه ولا فرق بينهما وهذا
البحث يقتضي ان يكون الاذخر فعللا ذكر بر لا افعلا والاذخر مستثنى

في الحديث فيجوز قطعه ورعيه وثنا وفي الحديث انه عليه السلام كان من قصده فيه الاستثناء فسبقه العباس اليه او كان اوحي اليه انه يرخص فيما يستثنيه العباس ذكرهما في المبسوط والبدائع وزاد وجها ثالثا وهو انه صلى الله عليه وسلم عممه فجاء خبر من عليه السلام بالرخصة فقال الا الاذخر فان قيل من شروط صحة الاستثناء الاتصال فكيف صح هذا قال الكاساني جوابه انه تخصيص بصفة الاستثناء والتخصيص المتراخي يجوز عند مشايخنا ولو اشترك في قطع شجر الحرم محرمان او حلالان او محرم او حلال فعليهما قيمة واحدة لان الواجب فيها قيمة الشجر فلا فرق بين المحرم والحلال كما في قيمة المتلف من اموال الادميين وهذا بخلاف صيد الحرم حيث يجب على المحرم قيمة كاملة وعلى الحلال نصف القيمة لان الواجب على المحرم كفارة وعلى الحلال نصف القيمة لان الواجب على المحرم كفارة وعلى الحلال قيمة المتلف نظيرهما اذا قتل رجلان رجلا خطا يجب على كل واحد منهما كفارة كاملة وعليهما دية واحدة ه وفي الحواشي ما يكون حرمته بسبب الحرم هو بمنزلة حقوق العباد اذ عمارة الحرم بالاشجار والكلا كما ان عمارة المسجد بالبنيان وذلك مضمون بما يضمن به حق العبد كذا هذا فاذا وجبت القيمة فهو مخير بين الهدي والاطعام ولا يجزئ في الصوم كما في صيد الحرم وقد تقدم وعند الشافعي ان شاء صام وكذا في صيد الحرم وقد ذكرناه ويباح الكماة وبه قال عطاء وابن حنبل لانها ليست من جملة النبات بل هي مودعة في الارض والمساة الكماة الحمراء وحذف الحا للواحد عكس التمر والتمرة ه وفي مناسك محب الدين الطبري لا بأس بالكماة عند الشافعي رحمه الله **قوله** وكل شيء فعله القارن مما ذكرناه ان كان فيه المفرد دم فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته لانه محرم باحرامين عندنا على ما تقدم وفيه خلاف الائمة الثلاثة الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج يقرن ويمضي على افعالهما فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد اما بالعمرة او الحج وبتاخير واجب واحد لا يلزمه الا جزاء واحد ولان المستحق عليه احرام العمرة واحرام الحج فيستحق من الحرم ذكره في المحيط ه وفي الروضة لو قطع القارن شجرة الحرم فعليه قيمة واحدة كالمفرد وكذا لو افاض جاهلا من عرفات قبل الامام عليه دم واحد كالمفرد والمتمتع وكذا لو طاف للزيارة على غير وضوء ورجع الى اهله فعليه دم واحد والقارن

يلزمه

يلزمه حلق واحد ه وفي الجامع محرم بعمرة جرح صيدا ثم احرم بحجة معها حتى صار قارنا ثم جرحه ثانيا فمات يجب عليه قيمة واحدة منقوصا بالجرح الاول فقد وجب على القارن قيمة واحدة وجوابه في الجامع ولا ينتفي الجزاء على المحرم بسبب الحرم لان صيد الحرم فيه معنى العوض واحد المحل تتعذر القول بالتعدد بخلاف القران لان الواجب فيه كفارة هو جزاء الجناية صادفت احرامين ولهذا تضاعف غيره من الجنايات كالتطيب ولبس المخيط وغيرهما فلا يختلف بالحرم وغيره ولان المكان انما يعتبر اذا لم يتعلق الفعل بالفاعل بدليل ان القتيل اذا وجد في المحلة ولم يعرف قاتله يتعلق بالمكان فيجب الدية والقسامة فيه على اهل المحلة وان تعلق بالفاعل بان عرف قاتله لا يتعلق بالمكان فلا يجب الدية والقسامة على اهل المحلة باعتبار المكان وفي المحرم متعلق به حتى يجب عليه الجزاء في الحل فلا يعتبر للمكان وفي الحلال لا يتعلق به بدليل انه يحل له في غير الحرم فيتعلق بالمحل حيث تعذر تعلقه بالفاعل ولان الاحرام المحرم لقتل الصيد قد سبق فمنع ظهور حرمة الحرم واذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم والحل فعلى كل واحد منهما جزاء كامل وان لم يكن منه فعليهما جزاء واحد وعن ابن عمر رضي الله عنهما وطاوس والزهري وحماد بن ابي سليمان والاوزاعي والشافعي وابن حنبل وداود يجب عليهما جزاء واحد وهو بناء على انه محرم باحرامين عندنا وعندهم باحرام واحد وان كانا حلالين فقتلا صيد الحرم فعليهما جزاء واحد عندنا ه وفي شرح المهذب لو امسك محرم صيدا فقتله حلال في يده ضمنه المحرم للتسبب ويرجع به على الحلال في احد الوجهين وبه قطع الشيرازي وشيخه ابو الطيب والبغوي وان كان القاتل ايضا محرما ففيه ثلاثة اوجه اصحها يجب الجزاء على القاتل كالادمي والثاني عليهما والثالث يجب على كل واحد منهما الجزاء ويرجع به على القاتل وفي المغني لو جرحه وبقي غير ممتنع حتى اندمل وجب عليه جميع قيمته فان قتله محرم اخر فعليه قيمته فقد اوجبوا فيه قيمتين على محرمين وهو خلاف مذهبهم المتقدم فقد تناقض قولهم وفي رواية ابي موسى من الحنابلة عن احمد رحمه الله عليه واختارها ابو بكر منهم يجب على كل واحد جزاء كامل وفي رواية عنه انه اختار الصوم يصوم كل واحد صوما كاملا كما لو كان منفردا بالجناية وان صام احدهما وفدى الاخر تعدى بحصته ويصوم الاخر تاما ه وفي المحلي يجب على كل

واحد الصيام كله ولا يوزع وقالوا ان اشترك في قتله حلال ومحرم او سبع ومحرم
اوجبوا على المحرم دما كاملا وهذا يبطل قولهم ان الواجب فيه بدل المحل وليس بكفارة
في احد القولين وقال ابو حنيفة اذا قتل القارن صيدا فعليه جزاان وان
قتله في الحرم وهو محرم فجزا واحد وهو تناقض شديد انتهى كلامه والفرق
ان القارن محرم باحرامين احرام الحج واحرام العمرة فقد جنى على احرامين
فيجب به جزاان واما المحرم المفرد فلم يجن الا على احرام واحد ولا يتعدد به
الجزا فلا يجب بالجناية على احرام واحد ما يجب بالجناية على احرامين وحرمة
الحرم لا تظهر مع تقدم حرمة الاحرام وقد ذكرناه مستوفى قبل هذا ولم
يفهمه ابن حزم وانما قدره النظر الى الصور وهو داب الظاهرية اذ لا حظ
لهم من فهم المعاني الدقيقة وقال الكرماني لا اعتبار بخلاف الظاهرية لتركهم
بالقياس وكذا ذكر النواوي في شرح المهذب في عدة مواضع وقال القرطبي
في شرح الموطا حجة ابي حنيفة رحمة الله عليه في الفرق بين المحرمين وبين الحلالين
في صيد الحرم ما ذكره ابو زيد الدبوسي احد علمايهم ان السر فيه وقوع الجناية
في الاحرام على فعل ارتكب كل واحد من المحرمين محظور احرامه بالجناية على احرامه
الذي التزم به ان لا يتعرض الى قتل الصيد فكان الواجب عليه كفارة الجناية
فصار كما لو قتلا رجلا خطا يجب على كل واحد منهما كفارة كاملة وفي صيد الحرم
له فانه يجب عليهما قيمة واحدة كما لو قتلا رجلا خطا او اتلفا دابة محترمة
لانسان بان كانت مملوكة له فانه يجب عليهما قيمة واحدة كما لو قتلا رجلا خطا
يجب دية واحدة عليهما مثلهما قال ابو بكر ابن العربي وابو حنيفة اقوى هذا
الدليل يستعمل به اصحابنا علما وناو هو عسير الانفصال علينا وقال ابن حزم
قالوا احرام كل واحد غير احرام الاخر فجناية احدهما على احرامه غير جناية
الاخر على احرامه قالوا وكذا موضع كل واحد من الحلالين غير موضع الاخر
قلت هذا هذيان منه وتخليط وعدم فهم للمدرك لان الواجب على الحلالين
بدل الصيد وهو شي واحد كالدية في مقتول الخطا لا قيمة الحرمة حتى يعتبر
مكان كل واحد منهما ولو اعتبرنا المكان فمكان الصيد عند قتله متحد وقد
اوضحنا الفرق بين جناية المحرم وجناية الحلال على صيد الحرم **شرع**
محرم وهب لمحرم صيدا فاكله يجب عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه ثلاثة اجزية
جزا الذبح الصيد وجزا الاكل وقيمته للواهب لفساد هبته فصارت ثلاث قيم
وقال محمد رحمه الله عليه قيمتان قيمة الذبح وقيمة للواهب ولا شي عليه في اكله

ذكره في المبسوط وهو قياس ابي يوسف رحمه الله **قوله** واذا باع المحرم الصيد
فالبيع باطل لانه لا يملكه بالاخذ وبعد ذبحه باعه منه وفي الخزانة حلال دخل
الحرم فباع صيدا في الحل من حلال جاز ويرسله بعد ما يخرج الى الحل وعن محمد
لا يجوز بيعه في الحرم وفي الجامع ابو يوسف مع محمد وعن ابن عمر وابن عباس
وعايشة وعطا رضي الله عنهم لا يذبح صيد الحل في الحرم وكفارته على
من قتله رواه سعيد بن منصور وبه قال ابن حنبل والحرم مانع كالاحرام
وعند مالك والشافعي يذبحه فيه كالبحر وقال سند في الطير ان ما عابر
سبيل فلا يذبحه فيه وقال ابن القاسم يجب عليه ارساله فان اكله بعد
ما ذبحه من الحرم فداه والمحرم لا يرد الصيد بالعيب ولكن يرجع بنقصان
العيب ذكره في الخزانة وفي المحيط محرم اصاب صيودا كثيرة وارتكب
محظورات احرامه مرارا على قصد التحلل ورفض احرامه يلزمه جزا
واحد وعند بقية الايمة يلزمه بكل صيد جزا **لنا** ان غير الصيد
الاول قتله على تاويل شرعي لانه اعتقد خروجه من احرامه بارتكاب
محظوره كالصوم والصلاة والفاسد من التاويل كالصحيح في اسقاط
الضمان كالباغي اذا اتلف مال العادل وان لم يكن على وجه التحلل والرفض
يتحلل الجزا بتعدد الجزا عليه ولا يجوز للحلال ان يدل المحرم على قتل الصيد
وعليه الاستغفار وفي المنتقى حلال غصب من حلال صيدا ثم احرم الغاصب
والصيد في يده يلزمه ارساله ويضمن قيمته لمالكه فان رده برئ من ضمانه
وعليه الجزا ولو رده بعد ما احرم المغصوب منه فعلى كل واحد جزا فان عطب
في الطريق برئ المالك من الجزا وان عطب في يد المغصوب منه فعلى كل واحد
جزا فان عطب في يد المغصوب منه فعلى كل واحد جزا ولو اصطاده حلال
وادخله الحرم فخلى قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان يضمنه الغاصب لانه
لم يرده الى المالك ولا يضمنه على قول ابي يوسف اربعة محرمون نزلوا بمكة
بيتا وفيه نواهض وحمام فامر ثلاثة منهم رابعهم باغلاق الباب فاغلقه
وخرجوا الى منى فلما رجعوا وجدوا الطيور وقد ماتت عطشا فعلى كل
واحد منهم الجزا لان الامر باغلاق الباب عليها تسبب الى موتها وفي
المبسوط لو رمى الحلال الى صيد الحل ثم احرم ثم اصابه السهم فلا شي عليه
لانه فعله كان مباحا فصار كما لو رمى الى حربي او مرتد فاسلم ثم اصابه السهم
فلا شي عليه بخلاف ما لو رمى من الحرم الى صيد الحل او من الحل الى صيد الحرم

فانه يجب ضمانه وقد تقدم ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا ومات
هي واولادها فعليه جزاوهن والفرق بين زوايد الصيد وزوايد
الغصب فانها غير مضمونة ان صاحب الحق يطلبه بازالة يده وردها
الى ما فيها مع امنها في كل وقت فكان تلفها بعد المنع من صاحب الحق
حتى لو طلب صاحب الحق الغاصب برد الزوايد فمنعه كانت مضمونة
من يوم المنع ولان سبب الضمان في الغصب بازالة اليد المحقة من العين
وفي الصيد باثبات اليد عليه وقد وجد ووجهه قد ذكرناه قبل هذا
وهو مذكور في الوجيز للشيخ جمال الدين الحصيري فان ادى جزاها ثم ولدت
فليس عليه جزا الولد وهو رواية عن ابي يوسف رحمة الله عليه في الاول
ومراده اذا كان حلالا قال لان بعد اداء الجزا لم يبق امنه لان وصول
بدله كوصول نفسه وفي الوجيز حلال اخرج ظبية من الحرم وجب
عليه ارسالها وتكون مضمونة عليه الى ان تصل الى الحرم كغاصب
المملوك اذا اطلقه فهو في ضمانه حتى يصل الى يد المالك فان ولدت
او زادت في بدنها او شعرها قبل وصولها الى الحرم فماتت قبل التكفير
ضمن الكل وبعد التكفير يضمن الاصل دون الزيادة لان الولد والزيادة
حصلا في يده في الحل لانه ملكها حتى لو ذبحها حل اكله وينفذ بيعه
فيه ولو باعها فولدت في يد المشتري او ازدادت في بدنها او شعرها
ثم مات الكل ان لم يكن البايع ادى جزاها ضمن الكل وان كان ادى جزاها
ثم جدب الولد والزيادة ضمن الاصل دون الولد والزيادة وكذا
المحرم جرح صيدا في الحل فلم يجل حتى زاد ومات ضمن الاصل والزيادة
ولو فدى ثم زاد ضمن الاصل دون الزيادة لان فعله صار محوا بالتكفير
فصار كحال لو انشا الجناية ابتداء ويضمنها ولو جرح الحلال صيدا في الحل
ثم دخل الحرم فزاد في بدنه او شعره ومات لا يضمن وان كان بحال لو
لو انشا الفعل فيه يضمن لان فعله حال صدوره لم يكن جناية ولا ينقلب
جناية ولا يعتبر بالانشا ولو ادى الحلال الجزا في صيد الحرم جرح صيدا
في الحل وزيد بعد تكفيره حيث لا يضمن الزيادة لانه يملكها وقيل
عندهما لا يملكها ويضمن الزيادة اصلها تابعا في الحرم صيدا في الحل
عنده يملكه وعندهما لا يملكه والفرق اصح وهو انه يملكه حكما لاداء
الضمان كالمغصوب للابق والهالك ولا يضمن الزيادة وفي المغني

لو

لو اخرج الحلال صيدا من الحرم ثم ادى الجزا ثم ولدت اولادا فمات اولادها لم
يضمن شيا لانه خرج من عهدته باداء الجزا ولو ذبح هذا الصيد قبل التكفير
او بعده حل اكله له لانه صيد الحل لكنه يكره وفي شرح الجامع للهاشمي
حلال اخرج ظبية من الحرم فباعها في الحل وذبحها واكلها جاز البيع
والاكل مع الكراهة ووجه ذلك ان بعد اخراجها من الحرم صارت من
صيود الحل حتى لو قتلها غيره لا يجب عليه شي حقا لله تعالى وامساكها
نقل اليد وانه حكم الابتدا فلو اخذها ابتداء في الحل ملكها فكذا اذا
استدام امساكها وقيام حق الله تعالى وهو وجوب الرد لا يمنع من
ثبوت حصول الجبران بالجزا واذا ملكها جاز البيع والاكل ولكنه
يكره المباشرة للمحظورات لسد الذريعة كيلا يتطرق الناس الى الصيد
ويملكوه بالقيمة بخلاف الغاصب اذا باع المغصوب قبل ضمانه حيث لا
ينفذ لانه انما يملكه بعد اداء الضمان مستندا الى وقت الغصب على ما
عرف وهنا ملكه بالاستيلا بعد خروجه من الحرم وفي المحيط لا
يملكه قبل التكفير وقال محمد ابن جرير الطبري اذا اخذ المحرم ظبية
فولدت عنده اولادا فذبحها وذبح اولادها بعدما حل يجب عليه الجزا
في الكل وفيه قول اخر انه لا جزا عليه انما ذبحها وهو حلال وان كان لا
يحل له اخذها وبه قال عطا رحمه الله وقال يملكه بالشرا وهو محرم
وفي الجامع للاسبيجابي حلال ومفرد وحلال وقارن قتلا صيد الحرم بضربة
واحدة فعلى الحلال نصف قيمته وعلى المفرد قيمة تامة وعلى القارن
قيمتان ولو ان حلالا ومفردا وقارنا اشتركوا في قتل صيد الحرم فعلى
الحلال ثلث قيمته وعلى المفرد قيمة كاملة وعلى القارن جزاان وعلى
هذا القياس يجري المسايل ولو بدا الحلال وثنى المفرد وثلث القارن
ومات فعلى الحلال ما نقصته جراحته صحيحا من قيمته وثلث قيمته
وبه الجراحات الثلاث لان ما ضمنه سقط عنه وجراحة المفرد والقارن
موضوعة عنه وعلى المفرد ما نقصه جراحته وبه الجرح الاول لانه
جنى عليه وهو منقوض بالاول وقيمته وبه الجراحات الثلاث لان
الجرح الاول لا به والثالث من غير صنعه فلا يكونان في ضمانه وجرحه
قد ضمنه فيرفع عنه وعلى القارن ما نقصته جراحته وبه الاولتان
وقيمتان وبه الجراحات ولو كانت الاولى قطع يدا او رجلا او كسر جناح

والثانية نقر العينين فعلى الاول قيمته صحيحًا لأنه اتلافه حكمًا وعن الثاني
قيمته وبه الجرح الاول لانه اتلفه من وجه آخر وعلى القارن قيمتان
وبه الجنايات وبقية التفريعات تعرف من الجامع وانما نبهت على
قواعدها والله تعالى اعلم

باب مجاوزة الميقات بغير احرام

قال ابن فارس في المجمل الوقت الزمان وفي بعض النسخ باب مجاوزة الوقت فيكون
قد استعير للمكان وهكذا في المغرب وفيه الوقت من الازمنة المبهمة
والميقات هو الوقت المحدود فذكره فيه انسب ومواقيت الحج لمواضع
الاحرام وهو جمع الميقات وفي الصحاح الميقات المضروب للفعل
والموضع يقال هذا ميقات اهل الشام ويقول وفيه فهو موقوت
اذا بين للفعل والموضع يقال هذا ميقات اهل الشام ووقتا يفعل فيه
قال الله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا والتوقيت
تحديد الاوقات تقول وقته كذا اكذا امثال احسه وقرى واذا الرسل
وقتت مخففة وقال الجوهري واقتت لغة مثل وجوه واوجه قلت
الواو المضمومة همزه من باب الاعلال الجايز وتسميته لغة مسامحة
وهو قياس في الفا والعين اما الفا فقد ذكرناها وكذا ازن واون
واما العين فنحو ادوب وادور وان كانت مكسورة فعليها همزة كبير وليس
بقياس قال ابن يعيش في شرح المفصل اعلم ان اكثر اصحابنا يقفون في
همز الواو المكسورة على السماع دون القياس الا ابا عثمان المازني
فانه يطرد ذلك اذا وقعت فاء اذا انكسرت وسطا فيجيز همزها
نحو طويل وطويلة وفي التكملة لابي علي وابو عثمان يذهب الى ابدا
لها مكسورة مطرد وابو عمر يقصره لذلك على السماع ولا يقاس
كالمضمومة وقال الزمخشري في الواو المضمومة وفي المكسورة
نحو وشاح واشاح ووعا واعا ليس بقياس الا عند المازني وقال
ابن عصفور في الممتنع زعم المازني انه لا يجوز همز الواو المكسورة
بقياس بل يتبع في ذلك السماع وهو فاسد فانه كسر كسرة توجب
القياس في كل واو مكسورة وقعت اولا قلت قد نقل المازني والجماعة
عكس ما نقله عنهم الزمخشري وابو علي الفارسي والجرجاني وابن
يعيش وابن الحاجب والظاهر ان ما نقله ابن عصفور غلط وقد
كنت ذكرت هذا للشيخ بهاء الدين النحاس رحمه الله فاستحسنه

المشارقة

المشارقة اقعد بالنقل من المغاربة وقال ابن الحاجب في تصريفه في
ذي الزيادة فان رجع الى الاشتقاق تبين واضحى كأرطى واولق حيث قيل
بقراط وسقراط وادم ما ورط وموطى ومالوف ومولوف جاز الامران
قال ابن عصفور في الممتنع انه لا يوقف على ولق ولا مولوق في موضع
من المواضع قال ابن يعيش الواو فا والالف للكسرة الشريعة فدل ان
الفا تكون تارة واوا وتارة همزة على حدا وصدر الباب والصدية
وكسر في القطاع في كتاب الافعال وكف الرجل فهو موافق وكذا ابو
علي في التكملة والجرجاني في شرحها كذلك خلاف ما ذكره ابن عصفور
قوله واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع
الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت اي دم مجاوزة الوقت بغير
احرام وكذا لو ذهب الى ميقات اخر مسامت له وابعد منه وان رجع
اليه ولم يلب حتى دخل مكة فطاف لعمرته او ابتدا طوافه فاستلم
الحجر فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان
رجع اليه محرما قبل الشروع في طواف العمرة فليس عليه شي لبى او لم
يلب وهو المشهور من مذهب الشافعي وعنه ان دخل مكة لا يسقط
عنه عاد اليه او لم يعد لبى او لم يلب والاحرام بحجة بعد المجاوزة بغير
احرام مثلها في الخلاف ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق
وقد شرحنا هذا وذكرناه ومذاهب العلما مستوفى في فصل المواقيت
ولا تقيد هذا اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان يريد
لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب
المنزل سوا وبستان ابن عامر في الحل بالقرب من جبل عرفات على
طريق العراق والكوفة الى مكة وعن ابي يوسف لا يسقط بذلك احرامه
من الميقات حتى ينوي الاقامة خمسة عشر يوما ليثبت له حكم
الوطن فيه ذكره في المحيط والاول ظاهر الرواية لان البستان غير
واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام لدخوله فاذا دخله التحق باهله
وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام لانه يكثر حاجته الى دخولها
ويتكرر فيحرج ايجاب العمرة او الحج في كل مرة من الحرج ما لا يخفى ولهذا
رخص عليه السلام للحطابين ان يدخلوها بغير احرام والداخل
للبستان لحاجة التحق باهله فكان حكمه حكم البستاني والمراد بقوله

وفيه البستاني الحل الذي بينه وبين الحرم ولا يختص بالبستان كاهل
البستان وقد تقدم البحث في ذلك فان احرما من الحل ووقفا بعرفة
لم يكن عليهما شي اما البستاني فظاهر لانه احرم من ميقاته ولا يجب
عليه الخروج الى ذات عرق لما فيه من الحرج والمشقة واما الداخل
فلالتحاقه باهل البستان فكانا محرمين من ميقاتهما فلا شي عليهما
ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الميقات واحرم
بحجة عليه بحجة الاسلام او نذر عليه اجزاه من دخول مكه بغير احرام
وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر فانه
لا يسقط بحجة الاسلام ولا بحجة نذر اخر وصار كما لو تحولت السنة
وقد ذكرناه وجوابه فيما تقدم ومن جاوز الميقات فاحرم بعمرة
فافسدها مضى فيها وكذا الحج وجب المضي في فاسدهما وعليه
الجمهور وفيه خلاف الظاهرية وليس عليه دم لترك الوقت وفيه
خلاف زفر وهو نظير الاختلاف في فايت الحج اذا جاوز الوقت بغير
احرام او احرم بالحج ثم افسده وهو يعتبر المجاوزة بغيرها من المحظورات
قلنا النقص الحاصل بذلك مجبور بالقضا وهو حكي الادا وقد اتاه
بالاحرام والتلبيه من الميقات ولا في حق الميقات من التعظيم فلا يجب
بشي اخر ولا جابر لغيرها من المحظورات فافترقا وان خرج المكي يريد
الحج فاحرم من الحل ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاه لترك
الحرم فان رجع الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرنا
في مجاوزة الميقات بغير احرام في حق الافقي وهو الصواب لان الافاق
جمع الافق والنسبه تكون الى المفرد دون الجمع ولم يسمع في كتب
اللغه الافاقي وعن الاصمعي وابن سكيت الافقي بفتحتين فان خرج المكي
الى الحل لحاجة ثم احرم بالحج من الحل ووقف بعرفه فلا شي عليه كالافقي
الذي دخل بستان ابن عامر لحاجة والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج
من الحرم فاحرم بالحج من الحل ووقف بعرفه فعليه دم لانه بعد فراغه
من عمرته يصير بمنزلة المكي اذا لم يسق الهدي فاحرامه حينئذ يكون
من الحرم كالمكي فيلزمه الدم لترك الوقت فان رجع الى الحرم محرما
عندهما ومحرما وملبيا عند ابي حنيفه سقط عنه ابو حنيفة الدم
وعند زفر لا يسقط وان رجع الى الحرم واهل منه قبل الاحرام فلا شي

عليه

عليه بالاتفاق وقد عرف ذلك كله من الافقي المجاوز للميقات بغير احرام
والله تعالى اعلم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا احرم المكي وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج
فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد
يرفض العمرة واصله ان المكي ليس قران ولا تمتع عندنا خلافا للايمة الثلاثة
على ما تقدم فان جمع بينهما كان عليه رفض احدهما للنهي عن الجمع كما لو
جمع الانسان بين حجتين او عمرتين فالا رفض العمرة اولى لانها ادنى
حالا واقل اعمالا اذ ليس فيها الوقوف بعرفة ولا بالمزدلفة ولا فيها
رمي الجمار بخلاف الحج ولان قضاها ايسر لانه يجوز في جميع السنة الا في
خمسة ايام بكره فعلها فيها بخلاف الحج ولان العمرة هي الداخله في اشهر
الحج وبسببها تحصل المعصية فصار كما لو لم يطف لها وعلى هذا الخلاف
لو طاف لعمرته شوطين او ثلاثة وان طاف لها اربعة اشواط ثم احرم
بالحج رفض الحج بلا خلاف وكذا في قاضي خان لان للاكثر حكم الكل فيتعذر
رفضها كما لو فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عندهما
وكذا في المبسوط وقاضي خان وفي بعض النسخ عند ابي حنيفة وهو غير
صحيح وهكذا في الحواشي وفي المبسوط اذا طاف المكي لعمرته اربعة
اشواط ثم احرم بالحج فانه لا يرفض الحج ولا العمرة ولكن يفرغ منهما
وعليه دم لانه صار كالمتمتع ولا يحل له تناوله ولا يجزي لانه دم جبر
لما دخله من النقصان لمكان النهي في حق المكي ولابي حنيفة ان العمرة
قد تاكدت باتيان بعض افعالها فرض غير المتاكد اولى وهو الحج
ولهذا قلنا الافقي لو طاف للحج شوطا ثم احرم بعمرة فانه يرفض العمرة
لتاكد احرام الحج قبل الاهلال بالعمرة بخلاف ما لو اهل بالعمرة قبل ان
يطوف للحج شوطا والا يرى ان الافقي لو جاوز الميقات بغير احرام فان
احرم بعده وطاف شوطا للحج او للعمرة ثم عاد الى الميقات لا يسقط عنه
دم المجاوزة بغير احرام ولو لم يطف شوطا وعاد اليه سقط عنه الدم
ولان ما اتى به قوية فلا يجوز ابطال العمل الذي هو عبادة بالنص وفي
رفض احرام الحج امتناع منه فكان اولى واذا رفض الحج او العمرة فعليه دم
لتحلله قبل اوانه كالمحصر واحرام الحج والعمرة وان كان لازما فانه يجوز
رفضه باذن الشرع كما في الاحصار ثم رفض العمرة قضاوها لا غير وفي

الحج قضاوة وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه اداهما كما
التزمهما والدم للنهي اذ به يدخله النقص ولا يمنع مشروعيته اذا كان
لمعنى في غيره كالنهي عن صوم العيدين والنهي عن الصلاة في الارض المغصوبة
وعليه دم لجمعه بينهما مع النهي وهو في حق المكي دم نقصان ولا يأكله هو
ولا غيره من الاغنيا وفي حق الافاقي دم شكر عندنا وعند ابن حنبل وقد عرف
في باب القران وفي الحواشي فان قيل ينبغي ان يجب عليه دمان لدخول النقص
في كل من الاحرامين قلنا هو ممنوع عن احدهما والنقصان بادخال الثاني على
الاول ومن احرم بالحج ووقف ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان كان حلق
في الاولى قبل ان يحرم بالاخرى لزمته الاخرى ولا اثم عليه وان لم يحلق في
الاولى لزمته الاخرى وعليه دم حلق او لم يحلق قصر او لم يقصر في الثانية
لانه اذا حلق او قصر فقد جنى على الاحرام الثاني لانه حلق قبل اوانه قبل
اداء افعال الحج وان لم يحلق ولم يقصر اصلا فقد اخر الحلق في الاولى فلزمه
دم بالتاخير وعندهما ان حلق او قصر في الاحرام الثاني فقد جنى عليه
فعليه دم الجناية وان لم يحلق ولم يقصر في الاحرام الثاني فلا شيء عليه
عندهما لانه لا يجب شيء عندهما بتاخير الحلق اما احرامه بالحج يوم النحر
فصحيح لانه قد تم حجه الاول بالوقوف فيكون قد احرم للثانية بعد
الفراغ من الاولى وعند الشافعي لا يصح احرام الحجة الا بعد دخول شوال
فاذا صح احرامه عندنا للحجة الثانية اتى بما بقي عليه من الحجة الاولى نحو
رمي الجمار والذبح وطواف الزيارة والسعي ان كان لم يسع قبله ثم ان
كان حلق قبل ان يحرم بالحجة فلا شيء عليه اذ لم يصر جامعا بين احرامين
وان كان احرم بالثانية قبل ان حلق فان حلق بعد ذلك فهو نسك في الاولى
للخروج من احرامه وجناية في الاحرام الثاني وهل يلزمه دم بسبب
الجمع بين الاحرامين ذكر في المناسك انه يلزمه دم وعلى رواية هذا
الكتاب لا يلزمه ذكره كذلك قاضي خان • وفي المبسوط لو احرم ولم ينو
شيا فطاف ثلاثة اشواط ثم احرم بعمرة فانه يرفض الثانية لان الاولى
تعينت عمرة حين اخذ في الطواف اذ الابهام لا يبقى بعد الشروع في الادا
فتعين الطواف الفرض وهو طواف العمرة فكان جامعا بين عمرتين فكان
رافضا للثانية • ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم
لجمعه بين احرامي العمرة وهو مكروه فيلزمه دم ولا يرفض الثانية هنا لانه

قد فرغ من اعمال الاولى بخلاف مسئلة المبسوط وهو دم جبر وكفارة قال قاضي
خان اوجب الدم هنا بسبب الجمع بين احرامي العمرة رواية واحدة وفي
الجمع بين احرامي الحج فيما سبق روايتان اذا احرم بحجة فلما كان يوم النحر احرم
بحجة اخرى قبل ان يحلق في الاولى لا يلزمه الدم بسبب الجمع في رواية
هذا الكتاب وفي رواية الاصل يلزمه فسوى بينهما وفرق على رواية
هذا الكتاب والفرق بين ان الجمع بين الاحرامين انما كان ممنوعا لاجل
الجمع في الافعال لانه يوجب النقصان فيهما وربما يتاخر الحلق فيهما فخرج
به عن احرامي العمرة فيصير جامعا في الفعل وفي احرام الحجتين لا يتحقق
الجمع في الافعال اذ افعال الحجة الثانية لا تؤدى في هذه السنة وانما تؤدى
في السنة الثانية **قوله** ومن احرم بحجة ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع
بينهما مشروع في حق الافاقي والوضع فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطا
السنة فيصير بذلك مسيئا لان السنة في القران ان يحرم بهما معا او يدخل
الحج على العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فجعل العمرة بداءة والحج
نهاية لان الى لانتهاء الغاية فاذا بدا بالحج فقد خالف السنة فكان مسيئا
الا انه لا يجب به شيء ولا يمنع الالتزام فاذا التزمهما يقدم افعال العمرة
على افعال الحج ويراعي السنة في الادا والافعال فان لم يات بافعال العمرة حتى
وقف بعرفات فقد صار رافضا لعمرته وعليه قضاها وهذا اما ارتفاض
العمرة فلانه لما وقف بعرفة فقد تعذر عليه فعل العمرة بعد الوقوف
الا ان تكون مبنية على افعال الحج وبراعي السنة في الادا والافعال وهو
غير مشروع ولان الوقوف بعرفة ركن من اركان الحج وقد جعل الله سبحانه
الحج غاية للعمرة والشيء لا يبقى بعد غايته ويرتفض ضرورة ويدل عليه
حديث عايشة الثابت انه عليه السلام امرها بعرفة ان ترفض عمرتها ثم
تقضيها مع اخيها فكانت قارنة في الصحيح لكنها لم تطف بالبيت اولا
لانها حاضت وبالتوجه الى عرفات لا يصير رافضا لعمرته في ظاهر
الرواية وعن ابي جعفر الطحاوي انه في قياس قول ابي حنيفة يصير رافضا
لها بمجرد التوجه اليها بمنزلة مصلي الظهر اذا توجه الى الجمعة والفرق
صح وقد مرت المسئلة وان طاف للحج طواف التحية ثم اهل بعمرة لزمته العمرة
فان مضى عليهما اجزاه وعليه دم لان هذا الطواف سنة فلم يات قبل احرامه
بالعمرة بركن الحج فيمكنه ان ياتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج قال صاحب الكتاب

وهذا الدم دم جبر وكفارة هو الصحيح ،، وفي قاضيخان هو دم القران لتحقق القران منه ومن المشايخ من قال دم كفارة لانه خالف السنة والمستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد بشيء من اعماله وهو طواف التحية بخلاف ما اذا لم يطف للحج وعليه دم لرفض العمرة وعمرة مكانها ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لان النهي لمعنى في غيرها وهو تخليص الوقت لافعال الحج تعظيما له ويوم النحر هو الحج الاكبر والعمرة هي الحج الاصغر ويلزمه رفضها كما لو شرع في الصوم يوم النحر او في ايام التشريق او شرع في الصلاة في الاوقات المكروهة ولان المهل بالعمرة فيها قد ادى ركن الحج وهو الوقوف بعرفة فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه بخلاف ما اذا كان اهل بها بعد طواف القدوم حيث يستحب رفضها على ما ذكرنا لان بناها على افعال الحج هناك من كل وجه وان لم يكن محرما بالحج فالكراهة للوجه الاول فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها وان مضى عليها اجزاه فانه التزم بالقضاء وادى كما التزم قال وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في بقية الافعال قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم للعمرة لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل لانه حل من احرام الحج وقيل يرفضها للنهي قال الفقيه ابو جعفر الهندواني ومشايخنا على هذا ولا يرتفض من غير رفض وقيل لا يرفضها والاول اصح ذكره قاضيخان ٥ وفي الحواشي اذا احرم بالعمرة يوم النحر ثم رفضها يلزمه قضاؤها قال والفرق ان الشروع في الصوم متصل بالمعصية فكان مامورا بالقطع بمنزلة الصوم بخلاف الاحرام بالعمرة فان عمل العمرة متاخر عن احرامها فلا معصية عنده فصار كالشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة وقد مرت في كتاب الصوم فان فاته الحج ثم احرم بحجة او بعمرة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل منه بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام عمرة فيصير جامعا بين عمرتين من حيث الافعال ان احرم بعمرة كما لو احرم بعمرتين او بين احرامي الحج ان احرم بالحج فيرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها قبل ادائها والتحلل منها قبل اوانه ،، وفي قاضيخان ولا دم على فائت الحج عندنا خلافا للشافعي وهو يعتبره بالمحصر قلنا المحصر في

معنى المحصر عاجز عن كل شيء ولا يتحلل الا بالدم ولهذا لا يلزمه الحلق عند ابي حنيفة ومحمد ويقضي المحصر في القابل بحجة وعمرة وفائت الحج لا يقضي في القابل الا بحجة **فرع** في معرفة المحرم بحجتين او عمرتين وحكمهما ومذاهب الناس في ذلك فان احرم بهما لزماه عند ابي حنيفة وابي يوسف فاذا توجه الى مكة لاداء الحج صارت هذه قضاء لاحدهما عند ابي حنيفة وتحللهما بالدم والعمرة والقضاء وقبل التوجه وهو محرم بهما حتى لو احصر قبل التوجه الى مكة بعث بدمين عنده ولو جامع قبل ان يسير فعليه دمان للجماع لانه لا يصير رافضا لاحدهما حتى ياخذ في العمل ذكره في المبسوط وكذا لو قتل صيدا يلزمه جزاءان لانه محرم باحرامين وكذا لو تطيب او لبس المخيط او حلق لو قبل اوانه وروى الحسن عنه انه لا يصير رافضا الا بالطواف والاول ظاهر الرواية وعن ابي يوسف يصير رافضا لاحدهما في الحال وفي الينابيع عنده يصير رافضا بالفراغ من الاحرام وعند محمد ومالك والشافعي وابن حنبل واسحق وابي ثور وابن المنذر يلزمه احداهما وتلغو الاخرى لابي حنيفة ان الاحرام التزام كالنذر ولا منافاة فيه وانما المنافاة بينهما في الافعال بالتوجه اليها او بعملها فيصير به رافضا لاحدهما ولو افسده بالجماع لا يخرج من احرامه حتى لو جامع ثانيا يلزمه الدم وكذا لو جنى بعده جناية وكذا الظان في الحج يلزمه المضي فيه والقضاء لو افسده واختلفوا في القضاء لو احصر وتحلل فيه لا يلزمه القضاء لانه صح خروجه من الاحرام والاصح لزوم القضاء لان الاحرام في الاصل لازم والتحلل لدفع الحرج والمشقة وفيما دون ذلك تبقى صفة اللزوم معتبرة ،، وفي المبسوط ان كان اهل بعمرتين فعليه قضاء عمرتين وان كان اهل بحجتين فعليه قضاء حجتين وعمرتين يعني اذا احصر ويتحلل بالهدي على هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف والله اعلم

،، باب الاحصار

في البدائع الكلام في الاحصار في ثلاثة مواضع في تفسير الاحصار وما هو وبم يكون الاحصار وفي بيان حكم الاحصار وفي بيان حكم زوال الاحصار اما الاول فالاحصار في اللغة هو المنع والمحصر هو الممنوع واختلفوا في عرف الشرع على ما ياتي بيانه **قوله** واذا احصر المحرم بعدو او اصابه

مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وفي الاسبيجابي والوبري ومناسك
الكرماني اختلفت العلما في الاحصار في عشر مواضع وانا ان شا الله
اذكر مواضع الاختلاف في الاحصار ان الاحصار في اثني وستين موضعا
بعون الله تعالى ﻫ الموضع الاول من مواضع الاختلاف ان الاحصار يتحقق
بكل مانع يمنع المحرم من الوصول من البيت لاتمام حجه او عمرته من خوف
او مرض او منعه سلطان او مانع قاهر في حبس او مدينة قبل
حصر هذا هو المشهور قاله المطرزي قلت ينبغي له ان يقول او لا
تمام معظمهما وسياتي بيان الاستدلال عليه ﻫ وفي المحلى الاحصار
من عذر او مرض او كسر او خطا طريق او ذهاب نفقة او راحلة
قلت اذا لم يقدر على المشي او خطا روية الهلال ومنه ما هو فات
الحج او حبس او غير ذلك مما يمنع المحرم من المضي في مقصده وهو
قول اصحابنا وان الاحصار بكل حابس قال ابن المنذر في الاشراف
وهو مذهب ابن مسعود وعطا والنخعي والثوري وابي ثور وقال
الداودي هو قول ابن مسعود وابن عباس وعروة ومجاهد وعلقمة
والحسن وسالم والقاسم وابن سيرين والزهري وابن عبيد وابي
عبيدة وداوود واصحابه وذكر ذلك كله في المحلى لابن حزم وهو
قتادة والكلبي ايضا قال الفضل ابن سلمة قال بعض الفقها لا يكون
الا من عدو دون المرض وهذا القول مخالف لقول متقدمي الفقها
ومذاهب العرب وقال مالك والشافعي واسحق واحد الروايتين
عن ابن حنبل انه لا احصار الا من عدو والمحصر بالمرض ونحوه يبقى على
احرامه سنين حتى يطوف بالبيت ويتحلل بافعال العمرة كفوات الحج
احتجوا على ذلك من وجوه ﻫ الوجه الاول ان اية الاحصار نزلت عام الحديبية
وكانوا محصرين بالعدو ﻫ والثاني قوله تعالى في سياق الاحصار فمن كان
منكم مريضا او به اذى من راسه يدل على ان المريض غير المحصر يفهم
منه المريض لم يكن لذكره بعد ذكر المحصر معنى ﻫ والوجه الثالث قال
الله تعالى فاذا امنتم والامن والامان لا يكون الا من العدو دون المرض
وروي عن ابن عباس انه قال لا حصر الا من عدو واستدل عليه ببعض
الاية ذكر ذلك عنه ابن رشيد في القواعد وغيره وقالوا لان بالتحلل
يزول الاحصار من العدو وبالرجوع الى اهله ولا يزول به المرض فلا

فايدة

فايدة فيه وتقوي ذلك بقول ابن عمر اليس قد حسبكم سنة رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان حبس احدكم عن الحج طاف بالبيت وبين الصفا
والمروة ثم حل من كل شي فيحج من قابل ثم يهدي او يصوم ان لم يجد هديا
قالوا ويريد ان حبس بمرض والاثر ثابت عنه وعندهم يبقى محرما ولا
يتحلل الا بالطواف والسعي ولو بقي سنين ولنا الاية التي فيها
الاحصار وردت في المريض قال ابو جعفر النحاس جميع اهل اللغة
على ان الاحصار انما هو بالمرض ومن العدو ولا يقال الا حصر وقال
ابن سكيت احصره المرض اذا منعه من عمرة او حاجة يريدها وحصره
العدو اذا ضيقوا عليه واحاطوا به وحاصروه حصارا قال
الاخفش والكسائي والفرا وابو عبيدة وابو عبيد حصرت الرجل
فهو محصور اي حبسته وحصر في موضع بولي وقالوا ما كان من ذهاب
نفقة او مرض قيل منه احصر وما كان من عدو او حبس قيل منه
حصر قالوا ودل عليه قوله تعالى وجعلنا جهنم للكافرين حصيرا اي
حاصرا لهم وقال به الزجاج وابن قتيبة وقال ثعلب في الفصيح احصر
بالمرض وحصر بالعدو وقال ابن فارس الاحصار عن البيت بالمرض
وغيره فسوي وفي مشارق الانوار للقاضي عياض قال القاضي اسماعيل
الظاهر ان الاحصار بالمرض والحصر بالعدو وقال المو في حصره
العدو عن التصرف واحصره المرض هذا هو الكثير في اللغة وقال
النواوي قال اهل اللغة يقال احصره المرض واحصره العدو وفي
الكشاف احصر اذا منعه امر من خوف او مرض او عجز قال الله تعالى
للفقرا الذين احصروا في سبيل الله اي احصرهم الفقر قال ابن مياده
وما هجر ليلى ان تكون تباعدت ﻫ عليك ولا ان احصرتك شغول
وحصر اذا حبسه عدو عن المضي او سجن ومنه الحبس الحصير والملك
الحصير لانه محجوب هذا الاكثر في كلامهم والمنع فيهما في كل شي مثل صده
واصده كذلك قال الفقها وابو عمرو الشيباني وعليه قول ابي حنيفة
رضي الله عنه ومنه قوله تعالى واحصروهم اي امنعوهم من التصرف وقال
المو في احصره منقول من حصر فيقال حصر فلان من تصرفه في معاشه
وعن الحج وعن السفر وكل شي امتنع عليه فقد حصر عنه فاذا ذكر السبب
الذي اوجب ذلك قيل احصره المرض واحصره العدو وايضا واحصره

عن الكلام احتباس لسانه فاذا قيل احصره المرض والعدو ومنعاه حبسه
عن التصرف وليس منقولا عن حصر وقيل احصر وحصر بمعنى واحد
قال ابو عمر الشيباني وحكى ابن فارس ان ناسا يقولون حصره المرض
واحصره العدو وقال ابن قتيبة الاحصار بهما والحصر بالعدو ومنه
فلما احصر رسول الله صلى الله عليه وسلم وافضل الاحصار المنع والمحصر
الممنوع من الشي اما علة واما طبيعة بمعنى محصور كركوب وحلوب
وقال ابن عباس هو الذي لا يترك وقيل هو الذي حبس نفسه عن المعاصي
وعن سعيد بن المسيب هو الذي ليس له الا مثل هذا الشي اخذه من الارض
ذكر ذلك السفاقسي كله في شرح البخاري فثبت بما ذكرنا من اطلاق
اهل اللغة على ان الاحصار بالمرض دون العدو وارادة المريض
بالاية ولا يلزم الترك بالنص ودخول المحصور في الاية بدلالة النص
لان العذر بالعذر في المنع اقوى لان المريض بما وصل الى مقصده
بالدابة والمحمل والاستعانة بغيره بخدمة من الابوين فانه ثابت
بدلالة النص ويسمى نحو الخطاب او بقول العلة المبيحة للتحلل من
الاحصار قدر مشترك وهو المنع على ما مر وهو موجود في العدو
والمرض فيعم بعموم العلة ويوضحه حديث عكرمة عن الحجاج بن عمرو
الانصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كسر او
عرج فقد حل وعليه حجة اخرى من قابل قال عكرمة فذكرت ذلك
لابن عباس وابي هريرة فقالا صدق رواه الخمسة ذكره ابن تيمية في
المنتقى قال الترمذي حديث حسن وقال القرافي في الذخيرة هو
ضعيف وهو خطا منه قال النواوي في شرح المهذب روي باسانيد
صحيحة ولو كان فيه ضعف لما حكم بصحته وفيه على ضعفه مخالفته
مع مخالفة مذهبه وفي رواية لابي داود وابن ماجه من عرج او
مرض او كسر وفي رواية عن احمد بكسر او مرض وعن سعيد
بن حزامة المخزومي انه خرج حاجا فصرع هكذا في المنتقى
وفي الامام فوقعت رجله في بير فانكسرت فسال عبد الله بن عمر
عبد الله بن الزبير ومروان بن الحكم وغيرهم كلهم يقولون له
ابدا بما يصلحك من الطب وافسخ حجك وافتد فاذا صح فاعتمر وحل
من احرامك ثم عليك حجة من قابل وقال ابن حزم في المحلى صح عن ابن

مسعود انه افتى في محرم بعمرة لدغ فلم يقدر على النفوذ انه يبعث
بهدي ويواعد اصحابه فاذا بلغ الهدي حل وصح عنه ايضا انه
افتى في مريض محرم لا يقدر على النفوذ بانه ينحر عنه بدنة ثم ليهل
عاما قابلا بمثل اهلاله الذي اهل به فان قيل ليس في حديث عكرمة
عن الحجاج الا ايجاب حجة اخرى فلا ذكر للهدي فيه قلنا ان القران
جا بايجاب الهدي فهو زايد على ما في هذا الخبر واثر ابن مسعود
ذكره الشيخ الرازي ابو بكر وسعيد بن منصور رايضا وهو ان محرما
بعمرة بلغ ذات السموم فلدغ فقال مروه فليبعث بالهدي واجعلوا
بينكم امارا فاذا بلغ الهدي محله فليحل وعليه قضا عمرته وقد
ذكرناه عن ابن حزم وهو صحيح وقالوا حديث الحجاج متروك الظاهر
فانه لا يحل بذلك اجماعا قلت مراده عليه السلام انه جاز له ان يتحلل
لانه يحل بغير دم لانه لم يا ذن له في ذلك شرعا للنص المتقدم وهو
نظير قوله عليه السلام اذا اقبل الليل من هاهنا افطر الصايم اي جاز
له ان يفطر وحل في وقت الافطار فلو كان قد افطر لم يتصور الوصال
ويقال اذا خرجت المطلقة من العدة حلت للرجال اي حل الزوج
بها لا انها حلت لهم بغير عقد وقد قالوا في قوله تعالى فان
احصرتم فما استيسر من الهدي فعليه ما استيسر من
الهدي وكذا في قوله تعالى ففدية من صيام فعليه والحلق ففدية ية
من صيام ومثله كثير في القران والحديث ولم يقولوا هذا متروك
الظاهر وتركوا العمل بذلك بل صاروا الى التقدير وتركوا الحديث
برمته والتقدير متقدم على الترك لاسيما اذا كان ترك للاعتماد على
ظاهر القران ومن الشافعية من حمل الحديث على الاشتراط وهو
حديث صحيح ولم يعملوا به في الجديد ولا يصح حمله عليه وسياق الكلام
عليه والجواب عن قولهم ان الاية نزلت في المحصورين بالعدو وقد
تقدم وجواب اخر ان سلم ما قالوا فالاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص
السبب عندنا وهو المختار عند الفقها والاصوليين وعن الثاني
ان المرض انما ذكر بعده لانه صنفان صنف محصر فاراد بالثاني
الصنف الذي هو محصر وعن الثالث ان المراد بالامان الوزوال
المرض قال عليه السلام الزكام امان من الجذام والدمل امان من الطاعون

ومثله كثير ويدل عليه انه ذكر الامن في الاية اذ الامان عقيب المرض
و الفا للتعقيب فاذا زال المرض امن من الموت بذلك المرض الزايل عنه
فصح ان يقال فاذا امنتم ووجه اخر ان عود الضمير الى المحصرين بالعدو
الذي هو مدلول عليه غير مذكور بعيد والاولى عوده الى المحصرين
بالمرض الذي سيقت الاية له والعدو استفيد بدلالة النص على ما
تقدم و الرواية عن ابن عباس مضطربة ذكره ابن حزم وتصديق ابن عباس
للحجاج ابن عمرو دليل على ان اضطراب قوله وحمل قوله على نفي الكل
مثل لا فتى الا علي ولا سيف الا ذو الفقار وقولهم ان المرض لا يزول
بالتحلل فلا فايدة فيه بخلاف العدو فانه يتحلل ويرجع الى اهله فيفيد
والجواب عنه من وجهين احدهما انه منقوض بالعدو والمحيط به من
جميع الجهات فانه يتحلل منه على الاصح عند الشافعي وان لم يزل
كالمرض و بالحبس عند الشافعي وان لم يكن له منه خلاص ولا نجاة وعند
مالك لا يتحقق الحصر الا بالعدو وذكره عنه ابن حزم في المحلى والوجه
الثاني انه يمكنه ان يرجع الى اهله محرما من غير تحلل فما ابيح له التحلل
الا لضرر امتداد الاحرام ولا فرق بين العدو والمرض والضرر الناشي
من المرض اشد فكان ادعى الى شرع هذه الرخصة وحديث ابن عمر لا
دليل له ولا لمخالفه وقولهم يريد ان حبس عمر ممنوع اذ هو تقييد
بغير دليل ولان سببه انما كانت عام الحديبية وحصرهم كان بالعدو
ولم يطف ولا يسع ولا حصر بالمرض قط فكيف يكون سببه وانما هو
اجتهاد وفي المحيط انما جعل العدو عذرا وهو من جهة العباد فالمرض
اولى لانه حاصل من قبل صاحب الحق وذكر النواوي ان المحصور بالعدو
لو وجد طريقا ابعد من طريقهم قال صاحب الفروع والروياني
وصاحب البيان وغيرهم ان لم يكن معهم نفقة تكفيهم لذلك الطريق
فلهم التحلل فهذا احصار بفقد نفقة الطريق من غير عدو وفقد
رجعوا الى قول اصحابنا وفي الذخيرة ان اضربه الطريق الا خرجا ان
له التحلل عند مالك فهو عين مذهبنا من غير عذر وفي المحلى عن النخعي
الاحصار من الخوف والمرض والكسر وعن عطا من كل شي يحبس المحرم
وعن ابن مسعود الحصر المرض والكسر وشبهه وعن علقمة الحصر
الخوف والمرض وعن عروة الحصر ما حبسه من وجع او خوف او ابتغا راحله

ومثله عن الزهري وابي عبيدة قال وتفريق مالك والشافعي بين الحصر بعدو
وبغيره فاسد واما بقا المحصور بغير عدو على احرامه سنين حتى يطوف
يطوف بالبيت فقول لا برهان على صحته ولا اوجبه عليه قران ولا سنة
ولا اجماع بل هو خلاف القران والصحابة فقد اختلفوا في ذلك في العمرة
خاصة ولم يرو عن احد منهم انه افتى بذلك في الحج اصلا انتهى كلام
ابي محمد بن حزم وفي المحيط والبدايع والتحفة والمرغيناني والاسبيجابي
وغيرها ان المراة اذا احرمت بغير زوج او محرم او مات محرمها
او زوجها بعد احرامها فهي محصرة والعدو يكون من المشركين
والبغاة وقطاع الطريق والعرب من المسلمين وغيرهم بمعناه
في المبسوط والمغني وفي الصحاح عرج بكسر الرا اذا كان العرج
اصليا له وبالفتح اذا عرض له ومضارع الثاني بالضم وفي المعارضة
عرج بالكسر اذا كان خلقة او اشد العرجان ويقال ايضا عرج بالضم
ذكره ابن دريد والموضع الثاني من مواضع الخلاف ان المحصر لا يتحلل الا
بالذبح عندنا وبه قال الشافعي وابن حنبل وجمهور اهل العلم وقال
مالك لا هدي عليه الا ان يكون معه هدي ساقه وهو خلاف النص
في الاية وكان في حصر الحديبية وهم محرمون بعمرة ونحر البدنة عن
سبعة والبقرة عن سبعة متفق عليه ولانه تحلل قبل اوان التحلل
فصار كفوات الحج عنده والحلق عن الاذى قبل اوانه على ما تقدم
وفي الذخيرة المالكية نزلت الاية في الحصر ثم بالمرض والموضع الثالث
يتحقق الاحصار في العمرة عند عامة اهل العلم وهو مذهبنا ذكره
في المبسوط وغيره وذكر محب الدين الطبري عن ابن عمر وابن عباس انه
لا يتحقق لعدم التاقيت وخوف الفوات وذكر ابن قدامة الحنبلي انه
قول مالك وفي الذخيرة المالكية المحصر بعدو وغالب او فتنة في حج او
عمرة يتحلل في موضعه اذا ايس قال ابن القاسم ليس للعمرة حد بل
يتحلل وان لم يخش الفوت خلاف ما ذكره ابن قدامة عنه ويحكى عنه
مثله في الكتاب او العلة في التحلل ضرر امتداد الاحرام لا خوف
الفوات والموضع الرابع لا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم عندنا
في الحج والعمرة قال الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القران هو قول ابن
مسعود وابن عباس ان قدر عليه وعطا وطاوس ومجاهد والحسن

الهدى وابراهيم النخعي وسفيان الثوري قال مالك والشافعي وابن حنبل
في العمرة يذبح هديه حيث احصر وعن ابن حنبل في الحج روايتان احدهما
انه مختص بيوم النحر وفي شرح المهذب للنواوي لو احصر في غير
الحرم ففي احد الوجهين واجمعوا انه لو احصر في الحرم لا يجوز ذبحه
في الحل وبالعكس يجوز بلا خلاف فاذا ذبح يحصل التحلل بالذبح
والنية والحلق ان قلنا انه نسك والا يحصل بالذبح والنية
واحتجوا بان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه حصر وا عام
الحديبية في ذي القعدة سنة ست من الهجرة فنحر واحد ايام بها
وهي من الحل ولنا نص القران في الاحصار وهو قوله تعالى ولا تحلقوا
رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فلو كان محله محبس لانه يكون قد بلغ
محله في كل موضع احصر فيه فتبطل الغاية المذكورة في القران
وتبطل فايدة الاية وبمعناه في الكشاف قال وقولهم يخالف لظاهر
القران ويدل عليه قوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق وهو عام
في كل هدي وهو بيان للمحل المجمل في قوله حتى يبلغ الهدي محله فبين
به ان محله البيت العتيق والمراد بالبيت الحرم لا الكعبة ولان
البيت والمسجد لا يذبح فيهما فاذا جعل الله المحل البيت العتيق لا يجوز
ان يذبح دونه ويجعل المحل غيره وقد قال في جزاء الصيد هديا بالغ
الكعبة فجعل بلوغ الكعبة من صفات الهدي والموصوف لا يوجد
بدون صفته لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة ولهذا قلنا لا تذبح
جميع الهدايا الا في الحرم ويويد هذا قوله تعالى في سياق الاية
فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه ففدية من صيام او صدقة
او نسك فاوجب على المحصر دما ونهاه عن الحلق حتى يذبح هديه فلو
كان ذبحه في الحل جايزا لذبح صاحب الاذى هديه عن الاحصار
وحل به واستغنى عن فدية الاذى ويدل عليه قوله هم الذين كفروا
وصدوكم عن المسجد الحرام والهدي معكوفا ان يبلغ محله اي قصدوا
الهدي ان يبلغ محله وذلك في شان الحديبية فدلت الاية ان للهدي
محلا ولم يبلغ محله في الحديبية وذكر الحافظ ابو جعفر الطحاوي
وروى ابو جعفر الطبري عن ناجية بن جندب الاسلمي صاحب بدن
النبي صلى الله عليه وسلم انه نحر هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحرم

بامره

بامره ولانه عليه السلام صد عن البيت ولم يصد عن الحرم قال الله تعالى هم
الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام وعن المسور بن مخرمة ومروان بن
الحكم ان خباء رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الحل ومصلاه في الحرم
رواه الطحاوي وغيره وروى الزهري ان مضارب النبي صلى الله عليه
وسلم كانت في الحل ومصلاه في الحرم وقال الحديبية من الحرم قال
الزمخشري كان محصره عليه السلام طرف الحديبية الى اسفل مكة وهو من
الحرم وفي المبسوط نصف الحديبية ونصفه من الحل وقول مالك ذكره
ابن بطال وقال ركب ناقته عليه السلام في اول الحرم وكان محلا قسم
ونحرهم في الحرم انتهى كلامه قال الحافظ ابو جعفر لا يجوز في قول احد من
العلماء لمن قدر على دخول شيء من الحرم ان ينحر هديه دون الحرم قلت
اختلف الشافعية في ذلك كما ذكرنا عنهم قال العلم العراقي العجب كيف
يعتقدون ان بعض الحديبية من الحرم مع قوله سبحانه في هذه الواقعة
هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدي معكوفا ان يبلغ
محله وهو الحرم يخالف الاية قلت عنه جوابان احدهما قال صاحب الكشاف
المراد المحل المعهود وهو منى قلت منى معهود للنحر في الحج دون العمرة وهم
كانوا معتمرين فالمحل المعهود في العمرة المروة واستحباب نحر الهدايا
للمعتمرين في المروة منصوص عليه عند الشافعي وغيره فقد منعوا ان يبلغ
محله المستحب وكذا ذكره ابو بكر الرازي والعجب منه كيف لم يقف على
هذا مع اعتنائه بالكشاف والجواب الثاني يحمل على انهم منعوهم اولا ولا
يدل ذلك على استمرار المنع واذا حصل المنع في وقت صح ان يقال قد
منع كقوله يا ابانا منع منا الكيل وانما منع في وقت واطلق في وقت اخر
ولانه لما وقع الصلح بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين قريش زال
المنع فذبح في محله الذي هو الحرم ولان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم
فلا يكون هديا دونه قال الطبري جميع الهدايا تختص بالحرم الا هدي
الاحصار وفي الكشاف الهدي جمع هدية مثل جدي وجدية وهي
بطانة السرج قلت الاصح ان الهدي ليس بجمع وهو من باب تمر وحنظل
وبطيخ قال الله تعالى هديا بالغ الكعبة فلو كان جمعا لقال بالغة الكعبة
وقرئ من الهدي بتشديد اليا جمع هدية كمطي ومطية وقالت الشا
فعية التقييد بالحرم يبطل الرخصة قلنا هذا رد النص بالراي ومع ان

مطلب الهدي

اصل الرخصة حاصل وهو التحلل به من الاحرام الدايم وفي حديث عمرو بن
ميمون امرهم عليه السلام بابدال الهدي لانهم نحروا هديا ايام عام
الحديبية خارج الحرم رواه ابو داود والموضع الخامس انه يجوز ذبحه
قبل يوم النحر في اتفاق وكذا في الحج عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي
ومالك وابن حنبل في العمرة وكذا في الحج في رواية وقال ابو يوسف ومحمد
والثوري وفي رواية حنبل والاثرم عن ابن حنبل انه لا يجوز فان لم يجز نحره
قبل يوم النحر لم يجز له التحلل قبله لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ
الهدي محله ومحله ذبحه في الحرم والموضع السادس لا يحتاج الى الحلق
بل يتحلل بالذبح وقال ابو يوسف ومحمد والثوري يحلق فان لم يحلق فلا شيء
عليه ذكره الرازي رحه وفي الكرماني في حلق المحصر روايتان عن ابي يوسف
في رواية واجب وفي رواية غير واجب وفي رواية النوادر عنه يجب
الدم بتركه وعند مالك واجب وعند الشافعي وابن حنبل كذلك اذا جعلاه
نسكا رح وفي المغني في الحلق روايتان في وجوبه عن احمد وقال الحافظ ابو
جعفر يتحلل بذبح الهدي من غير حلق لانه قد سقط عنه بالاحصار جميع
مناسك الحج من الطواف والسعي وغيرهما مما يحل به المحرم من احرامه فكذا
الحلق قال واتفقوا في العبد والمرأة ان للسيد والزوج ان يحللهما بغير
حلق ولا تقصير وقال ابو بكر الرازي ولان الحلق لم يعرف نسكا الا بعد اداء
المناسك وقبله يقع جناية ويدل عليه قوله عليه السلام لعائشة رضي
الله عنها انقضي راسك وامتشطي ودعي العمرة واغتسلي واهلي بالحج من غير
تقصير حيث لم تات بافعال العمرة وفي حديث الحجاج قال عليه السلام
من كسر او عرج فقد حل والهدي بالنص ومثله في حديث ضباعة بنت
الزبير بن عبد الرحمن المطلب الهاشمية قال النواوي هي عمة رسول الله
صلى الله عليه وسلم ومثله في المبسوط انه عليه السلام قال لها اشترطي
وقولي ان محلي حيث حبستني متفق عليه وليس فيه تقصير وقال امام
الحرمين والغزالي في الوسيط ضباعة الاسلمية قال النواوي وهو غلط
فاحش بل هي هاشمية وفي المحلى قال ابن حزم قد روينا عن ابن عباس فمن احصر
يبعث بهديه فاذا نحر فقد حل من كل شيء ولم يعلق التحلل من الاحصار الا بالنحر
من غير حلق وفي ابن بطال حديث الحديبية نحروا هديا ايام وحلوا ولم يذكر
فيه الحلق وقالت المالكية والشافعية ان ساير المناسك تعذر فعله والحلق

مطلب [illegible]

لم يتعذر فلا يجوز تركه قلنا هذا غلط لان المحصر لو امكنه الوقوف بالمزدلفة ورمي
الجمار ولم يمكنه الوصول الى البيت ولا الوقوف بعرفة فلا يلزمه الوقوف بالمزدلفة
ولا رمي الجمار لانهما مرتبان على افعال هي نسك بتقدمهما وفعل ذلك بدون تلك
المناسك التي تقدمت لا يكون نسكا فكذا الحلق مرتب على افعال اخر فلم يكن فعله
دون تلك الافعال نسكا ولان الله تعالى امر بالهدي ولم يشترط سواه ولو كان
شرطا لذكره وما كان ربك نسيا ولان الغاية بعد الحظر للاباحة وذكر ابو بكر
الرازي والجصاص ان الحلق انما لا يجب عندهما اذا كان الاحصار في غير الحرم لانه
يختص بالحرم وفي غيره لا يكون نسكا كالسلام في الصلاة قبل تمامها وفي ملتقى البحار
انما امرهم عليه السلام بالحلق لانهم كانوا يطمعون في دخول مكة ويرون التحلل
بالطواف فامرهم عليه السلام بالحلق لقطع اطماعهم والتسليم لامر الله تعالى
والانقياد لحكمه ذكره ابن المنذر في الاشراف بمعناه والموضع السابع اذا لم يجد
هديا ولا ثمنه يبقى محرما ولا بدل له عندنا وبه قال مالك والشافعي في احد
قوليه وفي القول الاخر يصوم عشرة ايام كالمتمتع وهو قول ابن حنبل واشهب
وفي المرغيناني والتحفة هو قول ابي يوسف اخرا وكان عطا يقول اذا عجز عن
الهدي فينظر الى قيمته فيطعم بذلك لكل مسكين نصف صاع من بر او يصوم
وقال ابو يوسف في الامالي وهذا احب الي وكل شيء يفعله المحصر المحرم قبل ذبح
هديه فحكمه حكم الذي لم يحصر وكذا لو ذبح هديه في غير الحرم يبقى
محرما حتى يذبح غيره في الحرم وان كان قد حل قبل ذلك فعليه دم سوى الجزاء لما
بدا ولم يكن ذكر ذلك في المبسوط وان حل في يوم وعده على ظن انه ذبح هديه
في ذلك اليوم ثم علم انه لم يذبحه كان محرما وعليه دم لاحلاله قبل وقته
وتناوله محظور احرامه ولو ذبحوا الهدي قبل يوم الوعد بيوم جاز
استحسانا ولو حل قبل يوم الذبح بيوم ثم ذبح حل بالذبح وعليه دم ذكره في
الخزانة قال محمد رحمه الله لا يقاس بعض المنصوصات على بعض ولان القياس لا يجري
في الكفارات عندنا فيمتنع جوازه ولان في ذلك ترك المنصوص بعينه لان الله تعالى
قال ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن اباح الحلق قبل بلوغه محله
فقد خالف النص ولا يجوز ترك النص بالقياس لو قيل به والموضع الثامن المحصر
بالحج النفل عليه يجب قضاء حجة وعمرة وان كان محصرا بالعمرة يجب قضاء عمرة لا غير
وهو قول عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعروة وقال ابو بكر الرازي هو قول
ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وعلقمة والحسن والنخعي وسالم والقاسم وابن

سيرين وعكرمة والنخعي ورواية عن ابن حنبل في رواية لا قضا عليه الا ان يكون
حجة الاسلام قالوا لم يامر عليه السلام اصحابه بالقضا فلو كان القضا واجبا
عليهم لامرهم به وهو قول لهم مردود بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واجمعوا
على انهما يجبان بالدخول فيهما بمنزلة حجة الاسلام والمنذورة من الحجة
والعمرة وجب المضي في فاسدهما ويدل عليه قوله عليه السلام وعليه
حج من قابل في حديث الحجاج المتقدم ولم يفرق بين حجة الاسلام والنفل
وقد عدل والحالق لراسه من اذى وامره بالحلق ولم يحله عن الفدية
وقد سووا في الجنايات في الاحرام بين المعذور وغير المعذور وكذا
في الفوات اوجبوا القضا على المعذور وغير المعذور ولانه عليه السلام
قضاها في العام القابل فسميت عمرة القضا وكان معه جماعة من اصحابه
فقضوا وقال ابو حاضر عثمان بن حاضر الحميري هو ثقة خرجت معتمرا
في محنة ابن الزبير ومنعوني ان ادخل الحرم فنحرت الهدي مكاني
واحللت فرجعت فلما كان من العام القابل خرجت لاقضي عمرتي فاتيت
ابن عباس فسالته فقال ابدل الهدي فان رسول الله صلى الله عليه
وسلم امر اصحابه ان يبدلوا الهدي الذي نحروا عام الحديبية في
القضا رواه ابو داود وهو محمول على اعادة الهدي والذي نحروه
في الحل قالت المالكية انما سميت عمرة القضا لانه عليه السلام قاضى عام
الحديبية قريشا وصالحهم لمدة على انه يرجع الى مكة في العام
المقبل وتسمى عمرة قلت هذا فاسد لوجهين احدهما ان القضاة انما
وقعت عام الحديبية ولم يكن فيه عمرة وانما سميت عمرة القضا في العام
المقبل عند اتيانه عليه السلام بافعالها والثاني لو كان اشتقاقها
مما ذكرنا لقيل المقاضاة او القضا بكسر القاف ولم يسمع من ان
ليس بقياس وانما المقيس فيه المفاعلة ولهذا الا يقال جال السد جلا
ولا قاعد تد قعادا ذكره ابن عباس في شرح المفصل وانما وجبت عمرة مع حجة
لانه في معنى فايت الحج وهو يتحلل بافعال العمرة ولم يات بها فلهذا
يقضيها فان قيل ينبغي ان لا يجب العمرة ههنا لانها انما وجبت على فايت
الحج ومفسده التحلل وقد حصل التحلل بالهدي فلا حاجة الى غيره
قلنا الهدي انما وجب على المحصر لتعجيل التحلل ولان العمرة وجبت للتحلل
وانها قربة مقصودة بنفسها حتى صح النذر بها والتحلل بالهدي

ان حمل فالقربة الحاصلة بالعمرة لم توجد على المحصر فقضا العمرة لتحصل قربة
العمرة لا للتحلل وعلى فايت الحج ومفسده وجبت العمرة لامرين وهو قول من
تقدم من الصحابة والتابعين وكون بهم قدوة ومن اقتدى بهم اهتدى
والموضع التاسع في الاشتراط ولا اعتبار به عندنا ولا تحلل الا بالهدي
وبه قال مالك والشافعي في الجديد وعن محمد في رواية يعتبر شرطه وهو
قول ابن حنبل وداود وجماعة من اهل الحديث والقديم للشافعي معتمدهم
حديث ضباعة المتقدم رواه الشافعي مرسلا عن النبي عليه السلام وقال
لو ثبت حديث عروة لم اقل بغيره ذكره النواوي واجاب امام الحرمين
ان المراد به حبستني بالموت اي حيث ادركتني الوفاة فانقطع احرامي
قال النواوي وهذا تاويل باطل ظاهر الفساد قلت عندهم لا ينقطع الاحرام
بالموت ويمكن ان يقال اذا اشترط ينتهي الاحرام بالموت ولو نذر عندهم صوم
يوم او ايام وشرط ان يخرج منه بعذر صح شرطه وجاز له الخروج بذلك
العذر بلا خلاف ذكره النواوي فكيف ابطلوا الشرط الثابت في الحديث
الصحيح وقال اصحابنا الاشتراط لا يكون منع الحج بدونه كاشتراط نفي
العوض في القرض واشتراط الرد في العارية واشتراط الامانة في الوديعة
وفايدة اشتراط تعجيل التحلل ولو لم يشترط لتاخر تحلله الى حين بلوغ الهدي
محله وقال الزهري لم يقل احد بالشرط ذكره الطرطوشي وقال هو الراوي
للخبر ولو تحلل بالشرط من غير هدي لما شرع الهدي لان كل من احرم كان يشترط
الموضع العاشر يبعث القارن بدنتين عندنا قال ابن حزم روينا ذلك عن ابراهيم
النخعي وسعيد بن جبير بناء على انه محرم باحرامين عندنا وعند الايمة الثلاثة
يتحلل بذبح هدي واحد لانه محرم باحرام واحد عندهم وقد
تقدم ذلك في الجنايات وعن القاسم وسالم يبعث هديه فان اخرت فقد حل
وعليه عمرتان وحجة وهو قول سعيد بن جبير والموضع الحادي عشر
عند عبد الملك بن الماجشون عن مالك وقال اذا احصر بعد احرامه سقط عنه
حجة الاسلام لانه قد اجتهد واتى بما وسعه وخالف الجماعة فيه والموضع
الثاني عشر اذا احاط العدو من كل جانب تحلل عند الجمهور وفي احد قولي
الشافعي عندنا والحنبلي وغيرهما وقال مالك يحج به اذا لم يتحلل منه والموضع
الرابع عشر قال الزهري في غزوة ابن الزبير لا احصار على اهل مكة وفي المبسوط
لو احصر بمكة بعد قدومه فليس بمحصر وذكر علي ابن الجعد عن ابي يوسف قال سالت

ابا حنيفة عن المحصر في الحرم قال لا يكون محصرا قلت فالنبي عليه السلام احصر
بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة كانت دار الحرب والان هي دار الاسلام
وقال ابو يوسف ان غلب العدو وحال بينه وبين البيت فهو محصر قال الرخسي
الاصح انه ان امتنع من الوقوف والطواف فهو محصر وفي البدايع قال الجصاص
هو الصحيح وفي المحيط وهو الذي ذكره محمد في النوادر وما ذكر عن ابي حنيفة
هو جواب الاصل الموضع الخامس عشر لا يتحقق الاحصار بعد الوقوف
بعرفة عندنا وبه قال مالك لكن يكون حراما حتى يصل الى البيت فيطوف
طواف الزيارة والصدر ثم يحلق وقد فاته الوقوف بالمزدلفة ورمي الجمار
فعليه دم للوقوف ودم لرمي الجمار بالاجماع ودمان بتاخير طواف الزيارة
والحلق عند ابي حنيفة وعند الشافعي وابن حنبل يتحقق لنا قد ادى معظم
الحج وهو يتمكن من التحلل بالحلق الا من النسا فخف الضرر والموضع السادس
عشر ان امتنع عليه الطواف والوقوف بعرفة فهو محصر وان قدر على
احدهما فليس بمحصر اما الوقوف فقد ذكرنا ان بعد الوقوف لا يكون محصرا
واما الطواف فلانه يتحلل به فلم يكن محصرا مع القدرة على الطواف والموضع
السابع عشر ذهب بعض الناس انه لا احصار اليوم لزوال الشرك عن جزيرة
العرب وهو شذوذ فان العرب وقطاع الطريق لا تخلو الارض منهم وقد
كانت القرامطة بعد زوال الشرك اشد على الحجاج من المشركين وكذا بنو
خفاجه وبنو ليلي وبنو سالم وغيرهم لا كثرهم الله الموضع الثامن عشر المحرم
بالحج اذا احصر وفاته الحج فانه يتحلل بافعال العمرة اذا قدر عليها ولا يحتاج
الى احرام جديد للعمرة لان العمرة عبادة اخرى غير الحج والزمانه بالمكي اذا فاته
الحج يتحلل بذلك الاحرام ولا يحتاج الى الخروج الى الحل لاحرام هذه العمرة
اجماعا ذكره القدوري في شرحه مختصر الكرخي والموضع التاسع عشر
اذا احبسه السلطان او حبس في مدينة يتحلل عند الجماعة خلافا لمالك فانه
قال لا يحلله الا البيت والموضع الموفي للعشرين المحصر اذا تحلل بافعال العمرة
فليس عليه الوقوف بالمزدلفة ولا رمي الجمار وقال المزني يفعل ما قدر عليه من
مناسك الحج مع افعال العمرة قلنا ياتي بذلك كله في القضا فلا معنى لاتيانه قبله
ان لا يعتد بهما منفردين عند نيته للانفعال ذكر الخلاف فيه السغناقي
والموضع الحادي والعشرون الذبح عندنا يختص بالحرم وقد تقدم سوا امكن
ذبحه في الحرم او لم يمكن وقالت الشافعية في احد الوجهين يجوز ذبحه في الحل

مع القدرة على ذبحه في الحرم واجمعوا على انه لو احصر في الحرم لا يجوز ذبح هديه
في الهدي وكذا لو احصر في الحل لا يجوز ذبحه في الحل في غيره كان الاحصار
بعدهم والموضع الثاني والعشرون لو احاط العدو به لا يتحلل في احد
الوجهين او القولين للشافعي وعند الجماعة يتحلل وقد تقدم ولو
افسد حجه بالجماع ثم احصر يتحلل ان زال الاحصار والوقت واسع يقضي
حجه ولا يمكنه قضا الحج في سنة الافساد الا في هذه المسالة ذكرها في النوادر
والموضع الثالث والعشرون يتحقق الاحصار كيف ما كان العدو في
المنع عاما كان او خاصا وعن الشافعي لا يتحلل اسود به في قول والموضع
الرابع والعشرون قال في الذخيرة المالكية للمحصر خمس حالات يجوز له
التحلل في ثلاث منها ويمتنع في وجه ويصح في وجه ان شرط الاحلال
احد الثلاثة ان يكون العدو طاريا بعد احرامه او تقدم ولم يعلم به
او علم وكان يرى انه لا يصده فصده وان علم انه يصده او شك لا يحل
الا ان يشترطه في صورة الشك وعندنا لا يفصل في ذلك ويتحلل منه ولو لم
يتحلل حتى فاته الوقوف لزمه ثلاثة دما يعني اذا افسد حجه ثم احصر دم
الافساد ودم الفوات ودم الاحصار ذكره في النوادر والموضع الخامس
والعشرون القارن اذا احصر وتحلل منهما يلزمه عمرتان وحجة عندنا
سوا كان في الفرض او النفل وعند الثلاثة لا يلزمه شي في النفل ثم ان شا قضا
هما بقران او افراد احدى العمرتين للتحلل عن العمرة بعد الشروع فيها
والاخرى عن التحلل من احرام الحج وقال الشافعي وابن حنبل يلزمه القران
في الفرض ولو بعث القارن بهدي واحد ليتحلل عن احد الاحرامين لا يصح
والمحصر بالحج والعمرة لو بعث بهدي يتحلل بالحلق بهما فان دخل قارنا فطاف
لعمرته وحجه فخرج الى الحل فاحصر قبل ان يقف بعرفة فانه يبعث بهدي
ويتحلل وعليه حجة وعمرة مكان حجه وليس عليه عمرة مكان عمرته لانه قد
فرغ منها ولم يبق عليه للعمرة الا الحلق وانما بعث الهدي للتحلل من احرام الحج
فلا يعتد بطوافه وسعيه للحج لان طوافه كان تطوعا فلا يجوز ان يتحلل به ولانه
قد وجد قبل احصار ولهذا يبعث بالهدي للتحلل من احرام الحج وكان عليه
قضا عمرة لان ذلك الطواف والسعي وجودهما كعدمهما في حكم الاحصار وعليه
دم لتقصيره في غير الحرم عند ابي حنيفة ومحمد لان الحلق للعمرة يتوقت عندهما
بالحرم ذكره في المبسوط وغيره والموضع السادس والعشرون في الاصل ان

ان المحرم اذا قضى حجه في عامه فلا عمرة لانه لم يوخرها بل اتى بجميع افعال الحج في
وقته الذي شرع فيه وروى الحسن عن ابي حنيفه ان عليه حجة وعمرة كما لو
اخرها الى العام القابل وجعله في معنى فايت الحج ذكره ابو نصر البغدادي
في شرح القدوري والموضع السابع والعشرون الحاج عن غيره يجب دم
الاحصار على الامر عندهما وعند ابي يوسف على الحاج على ما ياتي في باب الحج عن
الغير والموضع الثامن والعشرون في البدايع والتحفه والولوالجي وغيرها
اذا احرمت المراة بحج التطوع فللزوج ان يحللها بالتقبيل والمعانقه
واللمس والتطيب وقص ظفر ونحوها في الحال من غير ذبح وعليها ان تبعث
هديا فيذبح في الحرم وكذا العبد والامة وعليهما الهدي بعد عتقهما
وقضا الحج والعمرة لوجوبهما بالشروع وكذا بعد اذن المولى لهما في ذلك
لكن يكره له تحليلهما وروي عن ابي يوسف وزفر ومالك والشافعي انه ليس له
تحليلهما لاسقاط حقه بالاذن كالزوجة والصحيح ظاهر الرواية ولا تحلل
بالنهي ولا بقوله حللتك والموضع التاسع والعشرون لا يلزم المولى الهدي
وان كان باذنه وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان المولى اذا اعتقه
يجب على المولى ان يبعث الهدي عنه وقبل اعتاقه لا يجب عليه والفرق ان
بعد الاعتاق صار ممن يجب عليه حق وقبله لا يجب وصار كالحر اذا حج عن غيره
واحصر يجب دم الاحصار على الامر وذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي
ان الهدي يجب على المولى قبل ان يعتق فيذبح عن العبد في الحرم ولا يحل
الا به لان احرامه كان باذنه فاشبه نفقته والموضع الموفي للثلثين
في الينابيع لو احرمت باذن زوجها لا يتحلل الا بالذبح وروى زفر عن
ابي حنيفه ان تم احصارها الى يوم النحر صح احلالها وان زال في مدة يقدر
ان يدرك الحج بعده لا يحل بذبح ذلك الهدي ويجب عليها المضي في الحج فان لم
تفعل حتى فاتها الحج فهي بمنزلة فايت الحج تحلل بالعمرة والموضع الحادي
والثلاثون اذا زال الاحصار وقدر على الحج بعد الذبح جاز له التحلل
استحسانا وفي رواية زفر عن ابي حنيفة لا يتحلل وهو قوله ولو كان يدركهما
وجب عليه التوجه ويصنع بهديه ما شا لعدم الحاجه اليه وان كان
لا يدرك واحدا منهما لا يتوجه حتما وان توجه تحلل بالعمرة لفوات
الحج وان كان يدرك الهدي دون الحج فلا فايدة في التوجه لفوات الاصل
وعكسه ذكرناه وجه القياس انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول

المقصود بالبدل وهو الهدي فكان كما لو قدر على التحرير في الظهار قبل
تكميل الاطعام بعد استمرار العجز عن الصيام وجه الاستحسان انا لو
الزمناه التوجه لضاع ماله وحرمة المال كحرمة النفس ولهذا يقاتل
من قصد اخذ ماله كما يقاتل من قصد قتله ولا يمكن تضمين المبعوث على
يده لانه امين ثم ان شا صبر حتى يذبح عنه ويتحلل وان شا توجه واذا
ما التزمه باحرامه وهو الافضل وهذه القسمة العقليه لا تتادى
على قولهما اذ زوال الحج مع فوات الهدي لا يتصور عندهما لان الحج يفوت
بطلوع فجر يوم النحر والهدي يذبح يوم النحر وبعده لانه موقت
بيوم النحر عندهما ولا يجوز قبله والذبح للمحصر بالعمرة غير موقت
اتفاقا كاصلهما عندهما ه وفي الحواشي فان قيل وجب ان ياتي بالعمرة التي
وجبت عليه بالشروع في القران وهو قادر عليها قلنا لا يقدر على
ادايها على الوجه الذي التزمه وهو ان يكون افعال الحج مرتبة عليها
وبفوات الحج تفوت **وقوله** فان بعث القارن هديا واوعدهم ان يذبحوه
في يوم بعينه هذا ايضا قول ابي حنيفة والقارن لا يتحلل الا بهديين
فيكون مراده بقوله هديا لكل واحد من الحج والعمرة او يكون اراد بالهدي
الجنس كقوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاهد ويمين اي جنس
الشاهد عند اقامة البينة وباليمين على المدعى عليه عند عدم البينه
وقوله اما اذا قدر على الطواف فلان فايت الحج يتحلل بالطواف والدم
بدل عن الطواف فاذا قدر على الاصل بطل البدل والخلف وقد ذكرنا
المسله قبل هذا وقوله وقد قيل في هذه المسله خلاف ابي حنيفة وابي
يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفصيل وهو سوال ابي يوسف ابا حنيفة
عن الاحصار في الحرم وقد قدمنا ان الصحيح تحققه اذا منع من الطواف
والموضع الثاني والثلثون الهدي سبع بدنه او بقرة او شاة لحالها
وهو قول عمر بن الخطاب وعلي ابن ابي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم
وبه قال الجمهور وعن عايشه وابن عمر لا يجزيه الشاة وقد عرف ذلك
قبل هذا والموضع الثالث والثلثون في السنن يجزيه ما يجزي في الاضحيه
عند الجمهور وقال مالك لا يجزي من الكل الا الثني فصاعدا وقال
الاوزاعي يجزي الجذع من الكل عن سبعة الا الشاة والموضع الرابع والثلثون

مطلب الهدايا

الخطى في رؤية الهلال وعدد الشهور الضال ليس بمحصر ابن اهو فات
الحج وقال داود واصحابه هو محصر اما الضال للطريق وان لم يجد احدا
يبعث على يده هكذا قالوا فان كان لا يمكنه الرواح معه لضعف راحلته
او غير ذلك فهو محصر وفي التحفة ان خاف ان لا يمكنه المشي مع القافلة
اذا هلكت راحلته فهو محصر والموضع الخامس والثلثون قال عبد
الله وعروة ابنا الزبير لا نعلم لهما موافقا من فقها الامصار
والموضع السادس والثلاثون تحقق الاحصار عندنا بعد الاحرام وقال
مالك لا يجوز قتال الحاصر مسلما كان او كافرا ذكره في الجواهر ولم
يحك خلافا وفيها خلاف عندهم شبهته في ذلك ترك رسول الله صلى الله
عليه وسلم لقتال قريش عام الحديبية والموضع الثامن والثلثون
اذا لبسوا الدروع والمغفر للقتال فعليهم الفدية وقال قوم لا
شي عليهم وقد تقدم والموضع التاسع والثلثون لو احصر في فاسد
الحج فله ان يتحلل عند الايمة الثلاثة واصحابهم وقال داود واصحابه
لا يبقى احرامه بالافساد وقال مالك والحسن ينقلب عمرة والموضع
الموفي للاربعين قالت الايمة الثلاثة الهدي واجب وهو شرط التحلل
وقال اشهب من المالكية هو واجب وليس بشرط للتحلل وعند مالك
ليس بواجب الا ان يكون ساق معه الهدي فينحره حيث احصر كما قد
ذكرناه والموضع الحادي والاربعون قال في المحلى قد روينا عن عطا
وابراهيم والحسن ان حل المحصر دون البيت فعليه هدي اخر من الذي
يلزمه ان يبعث به ولا يحل الا في اليوم الذي واعدهم فيه لبلوغه مكة
ونحوه وعندنا لا شي عليه والموضع الثاني والاربعون قال الحكم بن
عيينة على القارن اذا احل حجة وثلث عمر وعندنا حجة وعمرتان
وقد تقدم مواضع الايمة والموضع الثالث والاربعون لو احرم
بحجتين او عمرتين ثم احصر تحلل بهديين عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد والشافعي وابن حنبل بهدي واحد وقد ذكرناه قبل
والموضع الرابع والاربعون لو احرمت المراه بغير محرم بغير اذن الزوج
بحجة الاسلام فهي محصرة هكذا في المحيط وفي غيره فهي بمنزلة المحصرة
فله ان يحللها بغير هدي وذكره في الاصل وذكر الكرخي انه لا يحللها الا

بالهدي

بالهدي ولو جامعها قيل يكره وقيل لا يكره لحصول التحلل قبل الجماع بالمس
بشهوة ذكره في المحيط ويأتي في اخر الكتاب والموضع الخامس والاربعون
في البدايع المفرد بالحج اذا تحلل ثم زال الاحصار عنه فاحرم وحج من عامه فليس
عليه نية القضا ولا عمرة عليه ذكره محمد في الاصل وابو يوسف عن ابي حنيفة
ان عليه قضا حجة وعمرة ولا بد من نية القضا وهو قول زفر كما لو تحولت
السنة وعلى هذا الخلاف لو احرمت المراة بغير اذن زوجها فحللها ثم
اذن لها فيه فاحرمت في عامها وحجت او تحول العام وجه قول زفر انه
دخل في حد القضا ولهذا احتاج الى احرام جديد لانفساخ الاول بالتحلل
منه قلنا القضا فعل المامور به خارج وقته ووقت الحج هنا باق فكان
اداء لا قضا فلا يفتقر الى نية القضا ولا عمرة عليه لعدم فواته والموضع
السادس والاربعون في المحلى عن الشعبي اذا احل المحصر قبل نحر هديه فعليه
فدية الاذى اطعام ستة مساكين او صيام ثلاثة ايام او شاة وعند
الايمة الثلاثة غير مالك عليه شاة والموضع السابع والاربعون المحصر
ان رجع الى اهله قال عروة ابن الزبير لا يحل منه الا راسه وخالف الجماعة
والموضع الثامن والاربعون قال ابو يوسف وابو بكر البقالي ان الحج يسقط عن
الحاج اذا اراد الحج وصد عنه وان لم يحرم ذكره ابو جعفر الداوودي في كتاب
النصيحة والقاضي عياض في الاكمال وما ذكرناه عن عبد الملك ابن الماجشون
انما يسقط اذا صد بعد احرامه وخالفهم الناس في ذلك وابو بكر البقالي
هو تلميذ ابن شعبان وفقيه مصر في وقته وهو مذهب ذكره ابن بطال
والموضع التاسع والاربعون لو باع العبد والامة المحرمين جاز البيع
وقال سحنون في المبسوط لا يجوز بيعهما ويملكهما المشتري عندنا وقال
مالك والشافعي وزفر وابو ثور ليس له تحليلهما ويأتي في اخر الكتاب
ان شا الله والموضع الموفي خمسين روى محمد بن سماعة عن محمد ان الامة
المزوجة اذا اذن لها مولاها في الحج فاحرمت فليس للزوج ان يحللها
ذكره في البدايع قال لان المنافع للمولى لا للزوج وقال سنة لا تحج الامة
الا باذن سيدها وزوجها عند الايمة وقال محمد بن الحسن اذن السيد
كان احصارها على هذا الخلاف والموضع الحادي والخمسون ينعقد
احرام العبد والامة بغير اذن المولى عند الفقها كافة ويثبت فيهما حكم
الاحصار على ما مر وقال اهل الظاهر لا ينعقد هكذا ذكر المسلة في الدخيرة

المالكية قلت قد ذكر ابن حزم في المحلى ان حجة الاسلام واجبة على العبد والامة
ويسقط بفعلهما قبل اعتاقهما فبعد ان لا ينعقد احرامهما بغير
اذن السيد مع وجوبهما عليهما وقال ابن المنذر اجمع من يحفظ عنه
من اهل العلم ان للسيد منعه من الحج الا من شذ ممن لا يذكر في الاختلاف
قلت وهم الظاهرية والموضع الثاني والخمسون في البدايع لو احرم بشي
ولم ينو عمرة ولا حجة ثم احصر يجعله عمرة ويحل بهدي واحد وعليه عمرة
في الاستحسان وفي القياس لا يتعين حجة ولا عمرة الا بالشروع في عمل احدهما
وهو قياس قاعدة ذكرنا انه لا يخرج عن القياس والموضع الثالث والخمسون
المذهب عندنا ان الهدي ليس له بدل والاصح عند الشافعي ان له بدلا
وفيه ثلثة اقوال احدها الاطعام والثاني الصيام والثالث الخيار
بينهما وفي الاطعام وجهان احدهما اطعام التعديل والثاني اطعام فدية
الاذى وفي الصيام ثلاثة اقوال احدها صوم التمتع والثاني صوم الحلق
والثالث صوم التعديل ذكره محب الدين الطبري في مناسكه والموضع
الرابع والخمسون في قاضيخان اذا احصر بعد الوقوف بعرفة لا يحل بالهدي
وهو محرم عن النساء حتى يصل الى البيت فيطوف طواف الزيارة يوم النحر
وطواف الصدر ويحلق هكذا ذكره في الاصل وذكر في الجامع الصغير وهو
محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة قال فما ذكره في الجامع الصغير
اشارة الى انه يحلق في الحال وما ذكره في الاصل اشارة الى انه يوخر الحلق الى
ما بعد طواف الزيارة وطواف الصدر ووجهه انه لو حلق في الحال يتم
حلقه في غير الحرم ووجه هذه الرواية انه لو لم يحلق في الحال فربما امتد
احصاره فيحتاج الى الحلق في غير الحرم فيفوت عن الزمان والمكان واختلاف
الروايتين كاختلاف المجتهدين والموضع الخامس والخمسون رجل احرم
بحجة او عمرة ثم احصر فبعث بهدي الاحصار فزال الاحصار ثم حدث احصار
اخر فان علم انه يدرك هديه ونوى ان يكون للاحصار الثاني جاز وحل به
وان لم ينو حتى ذبح لم يجزه ولو بعث هدايا جزا الصيد ثم احصر لامر فنوى ان
يكون لاحصاره الثاني جاز ولو قلد بدنة تطوعا ثم احصر ونوى ان يكون
لاحصاره جاز وعليه اخرى وعند ابي يوسف لا تجزيه ويكون عن التطوع
والموضع السادس والخمسون في البدايع وغيره تحليل الزوجة والامة
بتطيبهما وامتشاطهما باذن الزوج والمولى وغير ذلك مما تقدم فيما للزوج

والمولى

والمولى تحليلهما ولا يفتقر تحليلهما الى الهدي وقال الشافعي تحليلهما
بما تحلل به المحصر من الهدي او بدله على ما تقدم وعنه كقولنا وقال
سند ظاهر الكتاب يقتضي انه ليس له منعه بعد اذنه قبل احرامه
وعند مالك فليس له منعه بعد احرامه اذا كان باذنه وبه قال
الشافعي وفي خزانة الاكمل لو اودك المحصر الحج فلم يات فهو بمنزلة فايت
الحج ان كان بعد الذبح الا ان يكون الذبح بعد يوم النحر وفي التحفة
ان ذبح في غير اليوم الموعود قبله او بعده او ذبحه في غير الحرم فهو
محرم بعد وفي الذخيرة المالكية لو طاف المفرد بالحج وسعى ثم احصر
بالمرض لم يجزه الطواف الاول لانه هو قول اصحابنا وفي المغني ان حبس عن
مكة الخروج منه لم يكن له التحلل وان كان عاجزا احل وهو تحلل بغير
العذر وخلاف مذهبه والموضع السابع والخمسون الظان في الحج
يلزمه المضي فيه والقضا لو افسده فلو احصر في قضايه وتحلل
اختلفوا في قضايه قيل لا يلزمه القضا لانه صح خروجه من احرامه
والاصح لزوم القضا لان الاحرام في الاصل لازم والتحلل منه لرفع
الحرج والمشقة وفيما وراء ذلك يبقى صفة اللزوم وقد تقدمت في
باب اضافة الاحرام الى الاحرام وانما اعدتها هنا لكونها من مواضع
الخلاف في مواضع الاحصار والموضع الثامن والخمسون ذكر السفاقسي
والطبري عن ابن عباس انه قال ليس على المحصر بدل وانما البدل على من نقض
حجه بالتلذذ فاما من حبسه عدو او غير ذلك فانه يحل بغير هدي ولا
يرجع ان كان معه هدي وهو محصر نحره ان كان لا يستطيع ان يبعث به
ان لم يحل حتى يبلغ الهدي محله رواه عنه البخاري ومسلم قال فمن اصابه
الله عز وجل بمرض او بكسر او بحبس فليس عليه شي رواه سعيد بن منصور
وارد بالتلذذ في النسا قاله الطبري والموضع التاسع والخمسون
في المحصر ان كان العدو يرجو زواله وعلم انه قد بقي من الوقت ما لا
يمكنه ادراكه فانه يتحلل عند الجماعة وبه قال ابن القاسم وعبد الملك
وقال اشهب لا يحل حتى يقوم النحر ولا يقطع التلبية حتى يروح الناس
الى عرفة حكى ذلك عنهم السفاقسي في شرح البخاري والموضع الموفي
ستين المكي اذا لبى بالحج ثم احصر بمكة فانه يطوف ويسعى ويحل وكذا الغريب
بمكة ان احرم بالحج وبه قال الشافعي وقال مالك اذا بقي محصورا الى فراغ

من الحج يخرج الى الحرم فيحرم بعمرة ويفعل ما يفعله المعتمر ويحل وعليه
الحج من قابل والهدي ثم يحج قابلا وكذا الغريب اذا احصر بها حكاه
عنه ابن المنذر في الاشراف وقال الزهري لابد للمحصر المكي ان يقف
بعرفة وان نعش نعشا ذكره ابن المنذر وفي منية المفتي المحصر يقطع
التلبية اذا ذبح هديه والموضع الحادي والستون قال القرطبي
في شرح الموطا من احصر بمرض او كسر او عرج فقد حل في موضعه ولا هدي
وعليه القضا وعزاه الى ابي ثور تعلقا بحديث الحجاج ابن عمرو والمتقدم
وخالفه فيه الجماعة والموضع الثاني والستون على المحصر هدي واحد
وتقدم فيه خلاف مالك انه لا شي عليه وقال عروة والزهري عليه
هديان الهدي الاول يتحلل به في خلاف الشعر وازالة التفث في
الحال ويبقى محرما في حق النسا حتى يصل الى البيت ويطوف ويسعى
ويحل وعليه الحج قابلا وهدي ثان بقوله تعالى فما استيسر من الهدي
قال ابو عمرو والصواب الاول

باب الفوات

قوله ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى يطلع الفجر من
يوم النحر فقد فاته الحج وهذا اجماع ولا يعلم فيه خلاف وهكذا قال
صاحب المغني والاصل فيه قول جابر لا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من
ليلة جمع وقال ابو الزبير واسمه محمد بن مسلم بن تدرس فقلت له اقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك قال نعم رواه الاثرم وعليه ان يتحلل
بالطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة والحلق التي هي افعال
العمرة عند الايمة قال المزني وابن حنبل في رواية وابن حنبل بنفيه افعال
الحج كالمبيت والرمي ونحوهما وعند الجمهور يسقط عنه توابع الحج لان
التوابع لا توجد بدون متبوعها وهذه العمرة تتادى باحرام الحج عند
ابي حنيفة ومحمد والشافعي واخرين وقال ابو يوسف وابن حنبل ينقلب
احرام الحج احرام العمرة ويجزيه عن عمرة الاسلام عند ابن حنبل قال ابو يوسف
لا يجوز اداء العمرة باحرام الحج كما لا يجوز اداء الحج باحرام العمرة فصار كما لو
تفث ولا يتادى الحج في السنة القابلة بهذا الاحرام فلو كان احرام الحج باقيا
لجاز فعلم ان الشرع جعل احرامه احرام عمرة قلنا لو انقلب احرامه احرام
عمرة لا يفسخ احرام الحج ولا يتحول به ويلزم المكي اذا فاته الحج فانه يتحلل بافعال
العمرة ولا يلزمه الخروج الى الحل لاجل احرام العمرة ولانه لو لم يتحلل منه حتى

دخل اشهر الحج فتحلل بعمل العمرة ثم حج من عامه لا يكون متمتعا ولو انقلب احرامه
احرام عمرة لصار متمتعا وفي المفيد والمزيد ولان التحلل من احرام الحج
يقتضي بقا احرامه اذ لو زال وانفسخ لم يكن ذلك تحللا منه لانه خروج
منه فكيف يخرج منه بعد انفساخه او انقلابه احرام عمرة وفي
المبسوط ولانه بقي اصل احرام الحج بدليل انه لو احرم بحجة اخرى يطوف
للتي فاتته ويسعى ويرفض الثانية فلو لم يكن احرامه باقيا لم يكن جامعا
بين احرامي الحج ولم يجب رفض الثانية وفي المحيط جعل رفض الثانية
قول ابي حنيفة وعند محمد لا يصح الثاني وعند ابي يوسف يمضي في
الحجة الثانية لان الاولى انقلب احرامها احرام عمرة عنده قال
ابو يوسف هذا المحرم بعمرة اضاف اليها حجة وكذا في الينابيع وان
احرامه بعمرة يرفضها وفي البدايع فائت الحج لو جامع فليس عليه قضا
العمرة ولو كان عمرة لوجب قضاوها كالعمرة المبتداة والمودي
ليس افعال العمرة بل مثلها يودي باحرام الحجة ولا دم عليه عندنا
وقال الحسن ابن زياد اللؤلؤي والايمة الثلاثة عليه القضاء
والهدي وروي عن عطا ومالك ورواية عن ابن حنبل لا يقضي التطوع
احتجوا بما روي عن ابي ايوب الانصاري انه خرج حاجا حتى اذا
كان بالبادية من طريق مكة اضل رواحله وقدم على عمر بن الخطاب
يوم النحر فذكر له حاله فقال عمر اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد
حللت واذا ادركت الحج قابلا فاحج واهد ما تيسر من الهدي اخرجه
مالك وعن هبار ابن الاسود انه فاته الحج فقال له عمر ما شانك فقال
خرجت من الشام فاخطات العدد فقال له عمر رضي الله عنه تطوف
بالبيت وبين الصفا والمروة ثم احلق او قصر فاذا ادركت حجا قابلا
فاحج انت ومن معك واهد فاوجب فيه كفارة المتعة رواه الشافعي
وعن حماد قال له عمر اذهب الى مكة فطف انت ومن معك وانحر هديا
ان كان معكم واحلقوا او قصروا وارجعوا فاذا كان عام قابل فحجوا
اخرجه مالك الا ان الشافعي قد خالف هذا الاثر واوجب الدم
في الحال على المذهب فعمل ببعضه وترك بعضه وابن عمر في هذا مضطرب
جدا وعن الحارث بن عبد الله وعبد الله بن الحارث ان رجلا سال عمر
بن الخطاب رضي الله عنه في اوسط ايام التشريق فاته الحج فامره ان يطوف

بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة وان كان معه هدي نحره وحلق وحل
وحج من قابل ولم يوجبه عليه وعن الاسود ان رجلا قدم على عمر وقد فاته
الحج فامره عمر ان يحل بعمرة قال وعليك الحج من قابل ولم يوجب عليه هديا
وعن ابراهيم بن ميسرة قال سئل طاوس عن قوم فاتهم الحج قال ليس
عليهم شي وخالفه سعيد بن جبير ثم لحقه فقال يا ابا عبد الرحمن القول
ما قلت فلم يبال حين خالفه ولم يبال حين وافقه ومراده نفي الهدي
اما قضى الحج والتحلل بالعمرة فاتفاق ولعل طاوسا ومن قصد ان اجره لم يمنع
ويحمل ابن عمر على الاستحباب ولنا حديث عمر وابن عباس ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة
وعليه الحج من قابل روى الحديثين الدارقطني وقال في حديث ابن عمر
احمد بن مصعب وضعفه ولم يتكلم في رواية حديث ابن عباس ولو كان
فيه شي لم يسكت عنه مع تعصبه وقد ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما يجب على من فاته الحج ولم يذكر الهدي فلو كان واجبا لما ترك ذكره
ولا يجوز ايجابه بالراي وقد ذكرنا اضطراب ابن عمر رضي الله عنه ولا
حجة فيه ولان الهدي لو وجب بالفوات لوجب على المحصر هديان هدي
للفوات وهدي للاحصار ولا يقولون به ومالك لم يوجب الهدي على
المحصر اصلا مع تحقق الفوات في حقه وقال في المبسوط والبدائع هو
قول عمر وزيد بن ثابت وقال محمد بن حزم الطبري عليه ذلك ان الهدي
جزاء من صنع واجبا والواجب على من فاته الحج الحج من قابل وذلك جزاؤه غير
ان يجتمع عليه كفارتان في فعل واحد فيلزمه هدي وقضاء لان الهدي
بدل عند خلاف المحصر انه لا سبيل له الا الطواف بالبيت ليتحلل به والمحرم
لا يتحلل الا بطواف او هدي وقد تحلل بالطواف ولا يجب عليه الهدي
لحصول التحلل بالطواف ولم يصدر من فائت الحج جناية ليجب بها عليه هدي
وفي الاشراق لابن المنذر قال عمر وزيد بن ثابت وابن عمر من فاته الحج يطوف
ويسعى ويحلق وعليه الحج من قابل والهدي وبه قال الثوري والشافعي
واحمد واسحق وابو ثور وقال ابن عباس يحل بعمرة ولا حج عليه وبه قال عطا
وقال صاحب الكتاب ولان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا لا طريق للخروج منه
الا باداء احد النسكين كما في احرام المبهم وفي البدائع لو احرم بشي يلزمه
حجة او عمرة وكذا لو لبى بحجة او عمرة فهو مبهم او يتعين عليه العمرة او احرم

كاحرام

كاحرام زيد فان عجز عن الحج بالفوات فتعينت عليه العمرة كما لو احرم بشي
ثم احصر يتعين عليه العمرة وقد ذكرناه في باب الاحصار وفي المحيط
العمرة من الحج بمنزلة التطوع من المكتوبة في باب الصلاة ولو خرج
وقت الجمعة وهو فيها يتحلل من تحريمها بالتطوع فكذا هذا ولان
افعال العمرة في حقه للتحلل بمنزلة الدم للمحصر فلا يلزمه دم اخر
ولو لم يؤد العمرة وبقي على احرامه ويؤدي القضاء في السنة الثانية
لا يجزيه عندنا وكذا لو حج به في القابل من غير نية القضاء لان العمرة
صارت مستحقة شرعا فلا يملك صرف احرامه الى حجة فان اضاف اليها
عمرة اخرى رفضها لئلا يصير جامعا بين عمرتين فعلا وفي المنتقى
لو فاته الحج ثم قضاه من قابل فافسد القضاء لم يكن عليه الا قضاء حجة
واحدة كما لو افسد قضاء رمضان وفيه قارن فاته الحج وجب عليه
عمرتان فجامع قبل ان يطوف لواحدة منهما فعليه ان يمضي في عمرتين
وعليه دم لان جماعه وقضاء العمرة لانه افسدها الجماع ولا يجب قضاء
العمرة ثم يطوف طوافا اخر لفوات الحج ويسعى ويحلق ويبطل عنه دم
القران لعدم كمال الحج وفي المبسوط ان كان طاف وسعى لعمرته قبل
ذلك طاف وسعى للفوات ولا يعتد بطواف القدوم لانه سنة فلا يتحلل
به وان كان لم يطف لعمرته ولا سعى لها يطوف لها الان ويسعى وعند
بقية الائمة عليه دم القران ودم الفوات ويقضي قارنا قال الكرماني
عن الشافعي ثم يخرج شاة ثالثة للقران قال كذا ذكره في البيان والعجب
انهم يقولون ان القران نقص يجبر بالدم فاذا فاته او افسده لا يجزيه
الافراد مع انه افضل من القران ومالك لا يوجب الدم في الفوات بلا دليل
ويسقط عن المحصر ونص القران يوجبه وذكر ابن المنذر انه يهدي
هديين هديا للفوات وهديا للقران عند مالك والشافعي وابي
ثور ويخرج من احرامه بعمل عمرة وقال الثوري يطوف ويسعى لعمرته
ولا يحلق حتى يطوف لحجة وعليه حجة من قابل وليس يريق دما وفي الذخيرة
لو فاته حج مفردا او افسده حجا مفردا وفعله قارنا لا يجزيه ولا يمتنع
ففاته الحج قال ابن القاسم سقط عنه دم المتعة لقولنا في المبسوط وان
فاته الحج وهو متمتع بطل تمتعه ويصنع بهديه ما شاء ان كان ساق هديا
وكذا القارن وكذا لو لم يبق لكنه جامع وفي المبسوط لو احرم بحجة

ونوى به قضاء الفايت فهو هو ولا يلزمه بالثاني شيء لانه تحصيل الحاصل
واستشهد به على بقاء احرام الحج بعد الفوات ولو احرمت امراة بعمرة
فوصلت الى مكة وهي تريد الحج بعدها او وصلت اليها وهي قارنة فحاضت
قبل الطواف لعمرتها او نفست فخافت فوت الحج رفضت عمرتها
وتخرج الى عرفات وتمضي في حجتها ويسقط عنها دم القران كما تقدم
ان كانت قارنة وعليها دم لرفض العمرة وقضاؤها ولا تطوف للزيارة
حتى تطهر ولا شيء عليها للتاخير للعذر وليس على فايت الحج طواف الصدر
وكذا الافقي اذا اتخذ مكة دارا قبل النفر الاول ولا يسقط عنه
وقال ابو يوسف يسقط عنه الا ان يتخذها دارا بعد ما شرع في الطواف
وفي البدايع لا يجب عمرة بفساد الحج بل يمضي فيه ويقضي ولا يفوت الا
بفوات الوقوف بعرفة وفي المغني يمضي على فاسد الحج ولا يفسد الحج
الا بالجماع بالاجماع وعند الظاهرية يبطل بكل معصية وقد تقدم
وروي مذهبنا في المضي في فاسده عن عمر بن الخطاب وعلي ابن ابي طالب
وابي هريرة وابن عباس وبه قال الشافعي وابن حنبل وقال الحسن ومالك يجعل
الحج عمرة ولا يقيم على حجة فاسدة وقال داود لا شيء عليه والله اعلم بالصواب

باب العمرة

في المحيط والذخيرة
المالكية العمرة لغة الزيارة يقال اعتمر فلان فلانا اذا زاره وفي الشريعة
زيارة البيت على وجه مخصوص قيل سميت عمرة لانها تفعل في العمر كله
وقيل لانها تفعل في الموضع العامر **قوله** والعمرة لا تفوت لانها
غير موقتة وعليه الاجماع وهي جايزة في السنة كلها من غير كراهية
الا في خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام
التشريق هكذا في عامة كتب الاصحاب وفي الينابيع يكره فعلها يوم
الفطر ويوم النحر وايام التشريق ولم يذكر عرفة وذكر مكانه يوم
الفطر ولعله سهو من الكاتب وعن ابي يوسف في رواية لا يكره في يوم عرفة
قبل الزوال وفي التحفة والقنية يكره في خمسة ايام الا اذا قصد القران
او التمتع بل فعلها فيها حينئذ افضل في حق الافقي وفي المنافع يكره
فعلها اي انشاء احرامها فعلها واداؤها اما اذا كان قارنا يجوز فعلها قبل
الزوال يوم عرفة ومن فاته الحج يتمكن من فعلها في ساير ايام الرمي لانه لا
يشتغل فيها بالرمي وفي المدونة تجوز العمرة في السنة كلها الا الحاج

حتى تغيب الشمس اخر ايام الرمي وقال ابن القاسم ان احرم في ايام الرمي لا يلزمه
وقال الشافعي وابن حنبل واخرون لا يلزمه شيء من الاوقات وجه من قال
بعدم الكراهة في السنة كلها الاطلاقات ولنا ما روي عن عايشة رضي
الله عنها انها قالت حلت العمرة في السنة كلها الا في اربعة ايام يوم عرفه
ويوم النحر ويومان بعده رواه ابو ذر الهروي وعن ابن عباس رضي الله
عنهما لا يعتمر في خمسة ايام واعتمر قبلها وبعدها ما شئت ذكره المحب
الطبري في مناسكه وعن طاوس اذا مضت ايام التشريق فاعتمروا الى
القابل رواه سعيد بن منصور ولان هذه الايام ايام الحج فكانت متعينة
له فلا يشتغل فيها بغيره ولو اداها في هذه الايام صح وكذا لو انشاها
فيها واداها فيها جاز لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص
الوقت له فلا يمنع صحة الشروع فيها واداها والحج لا يفعل في السنة
الا مرة واحدة وعليه الاجماع واما العمرة فيستحب الاكثار منها وعليه
الجمهور منهم الشافعي وابن حنبل والظاهرية قال ابن حزم وبه ناخذ
ومن الصحابة علي ابن ابي طالب وابن عمر وابن عباس وعايشة ومن التابعين
عكرمة وعطا وطاوس ذكره ابن المنذر في الاشراف وابن حزم في المحلى
ويدل على فضلها قوله عليه السلام العمرة الى العمرة كفارة لما بينهما والحج
المبرور ليس له جزاء الا الجنة اخرجاه في الصحيحين وقال عليه السلام تابعوا
بين الحج والعمرة فانهما ينفيان الفقر والذنوب كما ينفي الكير خبث
الحديد والفضة والذهب وليس للحجة المبرورة ثواب الا الجنة قال الترمذي
حديث حسن صحيح رواه ايضا ابو حاتم في صحيحه من رواية ابن مسعود عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عايشة رضي الله عنها من مات حاجا او معتمرا
لم يعرض ولم يحاسب وقيل له ادخل الجنة رواه الدارقطني وابو تمام
الداري وعن ابن عمر ان عمر بن الخطاب استاذن رسول الله صلى الله عليه
وسلم في العمرة فاذن له وقال لا تنسنا من دعايك واشركنا في دعايك خرجه
ابو ذر الهروي وقال لا يعتمر في السنة الا مرة فان اعتمر بعدها لزمته
ذكره في الذخيرة المالكية وفي المحلى عن سعيد بن جبير والحسن ابن ابي الحسن
البصري ومحمد بن سيرين وابراهيم النخعي كراهة العمرة الزايدة على مرة
في السنة وهو قول مالك وفي الكرماني والبدايع قال مالك لا يجوز في السنة
الا عمرة واحدة كالحج والصواب عنه ما ذكر في الذخيرة وفي المحلى الا كالحج ورد

عن علي في كل شهر عمرة رواه عنه سعيد ابن منصور وابن حزم في المحلى وعن ابن عمر
انه اعتمر في عام واحد عمرتين رواه ابن حزم في المحلى وعن عايشه رضي الله عنها
انها اعتمرت ثلث عمر في عام واحد قال ابن حزم وروينا عن طاوس اذا مضت
ايام التشريق فاعتمر متى شيت وعن عكرمة اعتمر متى امكنك الموسى وعن
عطا اجازة العمرة في الشهر مرتين وعن انس رضي الله عنه انه اقام بمكة
فكان كلما حمم راسه خرج فاعتمر رواه ابن حزم والمحب الطبري وقال يروى
بالحا المهمله اي اسود وصلح للحلق قال ومن الرواة من يرويها بالمعجمة
من الجمة وقد ينبغي له ان يقول بالجيم اذ المعجمة والمهملة انما يذكران فيما
يلتبس في الخط احتج من كره ذلك بان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعتمر في
عام الا عمرة واحده قال ابن حزم لا حجة لهم في هذا انما يكره ما نص على تركه
وهو عليه السلام ما حج منذ هاجر الا حجة واحده في العمر وروى جابر
انه عليه السلام حج ثلث حجج حجتين قبل الهجرة وحجة معها عمرة وساق ثلثا
وستين بدنة لكن ضعفه الترمذي وذكر ان البخاري قال انه مرسل
عن مجاهد وذكر الحديث الصحيح عن انس عليه السلام حج حجة واحدة واعتمر
اربع عمر في ذي القعدة عمرة الحديبية وعمرة الجعرانة وعمرة مع حجه
وروى ابن عمر انه عليه السلام اعتمر اربع عمر احدها في رجب وانكرتها
عايشه قال ابو بكر ابن العربي في العارضه وانكارها صحيح وانما هي عمرة
الحديبيه المصدود عنها وعمرة القضا وعمرة الجعرانه وعمرة مع حجه
وقد ذكرنا ذلك في باب القران والجعرانه بسكون العين وقد تكسر
وتشدد الرا وهي موضع بقرب مكة يحرم منه اهل مكة كل ليلة في سبعة
عشر من ذي القعدة وسمي باسم امراة كانت تلعب بالجعرانه وهي ريطه
بنت سعد بن عبد مناف وقيل هي التي نقضت غزلها من بعد قوة وهي امراة
من قريش ذكره الطبري وقال ابن حزم ويلزمهم ان يكرهوا العمرة الا ثلث
مرات في العمر والدهر وهو خلاف قولهم وقد حض النبي عليه السلام
عليها واخبر انها تكفر ما بينها وبين العمرة الثانية وتكثر الطاعة والعبادة
والخير مطلوب قال الله تعالى وافعلوا الخير **قوله** والعمرة سنة وفي
المنافع اي سنة موكدة وفي المبسوط والمحيط وشرح مختصر الكرخي والكرماني
هي سنة وفي البدايع اختلف اصحابنا فيها منهم من قال انها واجبة كصدقة
الفطر والاضحيه والوتر ومنهم من اطلق عليها اسم السنة وهو لا ينافي

الوجوب

الوجوب وفي التحفة والقنية اختلف المشايخ فيها قال هي سنة موكدة وقيل
واجبة وقال في التحفة وهما متقاربان وفي الذخيرة لا يوجد في كتب اصحابنا
ان العمرة تطوع الا في كتاب الحج وقال بعض المشايخ منهم محمد بن الفضل فرض
كفاية ذكره في المنافع وبالاول قال الشعبي والنخعي ومالك وابو ثور
وهو مذهب ابن مسعود رضي الله عنه ومنهم من قال العمرة تطوع وبه
قال الشافعي يقول ببغداد ثم قال بمصر هي فريضة كالحج وهو الجديد
وبه قال ابن حنبل وابن حبيب وابو بكر بن الجهم من المالكيه ويروى عن
ابن عمر وابن عباس ذكر ذلك ابو بكر بن المنذر في الاشراف وقال هو قول عطا
وطاوس ومجاهد والحسن وابن سيرين وابن جبير ومسروق واسحق
استدل من قال انها فرض كالحج بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله وجه
التمسك بالاية ان الله تعالى قد عطف العمرة على الحج وامر بهما والامر للوجوب
وروي عن ابن حنبل رجلا من بني عامر قال يا رسول الله ان ابي شيخ كبير لا
يستطيع الحج والعمرة ولا الظعن قال احجج عن ابيك واعتمر اخرجه ابو
داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وقال احمد لا اعرف حديثا اجود
من هذا في ايجاب العمرة ولا اصح منه وروي حديثا اخر من طريق ابن لهيعة
عن عطا عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الحج والعمرة فريضتان
واجبتان لا يضرك بايهما بدات وعن ابن عمر ليس احد الا وعليه حجة وعمرة
وقال ابن عباس انها لقرينتها في كتاب الله تعالى واتموا الحج والعمرة لله رواهما
البخاري في صحيحه وروي وجوبها ابن حزم عن عمر ابن الخطاب ايضا واختلف
المالكيه في وجه الاستدلال على هذه المسالة فمعظم العراقيين والاكثرون
من اهل خراسان عولوا على الظواهر وبعض العراقيين واهل مرو
وسمرقند واصفهان عولوا على المعاني قال ابو بكر وحين كلفتنا الامم
وعينا مرامهم ابرزنا نكسه واستيناعصه وذلك ان الاصل براة الذمة
وفراغ الساحة وطريق اشتغالها بالفرض الشرع وليس فيه دليل على
فرض العمرة كالحج ويقوي هذا الاصل بقوله سبحانه وتعالى ولله على الناس
حج البيت من استطاع اليه سبيلا فقد فرض الحج على المستطيع اليه سبيلا
ولم يذكر العمرة فدل على سقوطها بل عدم فرضيتها وقال ابو عمر بن
عبد البر الحافظ المغربي ان الله سبحانه لم يوجب العمرة بنص ولا اوجبها
رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثابت النقل ولا اجمع المسلمون على فرضيتها

والفرض لا يثبت الا من هذه الوجوه وقد ثبت في الصحيح انه عليه السلام قال
بني الاسلام على خمس وذكر منها حج البيت ولم يذكر العمرة فلو كانت فريضة
كالحج كما زعموا لذكرها فيسقط قول من ادعى انها فريضة وعن جابر بن عبد الله
قال اتى اعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اخبرني عن العمرة
اواجبة هي فقال عليه السلام لا وان تعتمر خير لك قال الترمذي حديث
حسن صحيح في رواية الكرخي لكتاب الترمذي وفي رواية غيره حسن قلت
الزيادة من العدل مقبولة عندهم والحسن حجة وفي طريقه الحجاج
بن ارطاة رواه احمد بن حنبل ايضا وعن ابي صالح ماهان الحنفي عن ابي
هريرة عن النبي عليه السلام الحج جهاد والعمرة تطوع وفي طريقه عبد
الباقي بن قانع قال ابن حزم اتفق اصحاب الحديث على تركه مع انه لم ينفرد
به وقد اخرجه ابن ماجه من هشام بن عمار عن الحسن بن يحيى الخشني عن عمر
فخرج ابن قانع عن العهدة هكذا في الامام واما صالح ماهان الحنفي فروى
عنه جماعة مشاهير ووثقه يحيى بن معين ولم يذكر ابن ابي حاتم فيه
جرحا لاحد وعن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي عليه السلام الحج
جهاد والعمرة تطوع ذكره في الامام وقال ابن عباس ايضا الحج عرفات
والعمرة تطوع ذكره الطرطوسي وعن ابي امامة الباهلي رضي الله عنه
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من مشى الى مكتوبة فاجره كاجر الحاج ومن
مشى الى الضحى فاجره كاجر المعتمر حديث اخر من رواية حفص بن غيلان
مجهول عن مكحول عن ابي امامة الباهلي عن النبي عليه السلام قال من مشى
الى صلاة مكتوبة فهي حجة ومن مشى الى صلاة تطوع فهي كعمرة تامة اعترض
ابن حزم بوجهين احدهما ان حفص بن غيلان مجهول والثاني مكحول لم يسمع
من ابي امامة شيئا قال صاحب الكتاب قوله حفص بن غيلان مجهول عجيب
منه فانه ابو معبد مشهور بالشام ذكر هذه الاحاديث في الامام واما المعاني
فلان العمرة تضم الى الحج وتفرد به فلو كانت فرضا لما اضيفت الى غيرها وجعلت
تبعا كالصلاتين السفر وسنتين وكلام اهلها وراء النهر ان الحج عبادة
وجبت بسبب البيت فلا يتكرر ايجابها مع ايجاد سببها بخلاف الصلوات
الخمس وصوم رمضان فانها تتكرر بتكرر اوقاتها وهذا الفقه وهو انه
سبحانه علق اوامره باسباب ربط بها العبادات وجعلها علما وميقاتا
لوجوبها فتتكرر بتكرر اسبابها واعلامها وقد وجبت عبادة بسبب

البيت وهو الحج فلا يدخلها شيء من غير تكرر السبب ولانه قد قال دخلت
العمرة في الحج الى يوم القيامة ولهذا المفرد بالحج يطوف عندهم طوافا واحدا
ويسعى سعيا واحدا ويطوف القارن بين الحج والعمرة كذلك ولا معنى حينئذ
لافراد العمرة بالفرضية لحصول الاكتفاء بالحج عنها ووجه اخر ان العمرة
نسك غير موقت فلم تكن فرضا كالاعتكاف الا بالشروع فيها او النذر بها
ووجه اخر ان افعال العمرة يتحلل بها من احرام الحج كما في فائت الحج فلو كان فرضا
كالحج لما تحلل من احرامه بافعالها كالصلاتين لا يتحلل من احرام احدهما
بالاخرى ووجه اخر لو كان فرضا لما ادي بنية غيرها على اصلهم فان احرم
بالحج عندهم في غير اشهر الحج ينقلب عمرة ويؤدى باحرام الحج والجواب عن الاية
وهي عمدتهم من وجوه ثلثة احدها ان عمرا وعليا وابن مسعود وسعيد بن
جبير وطاوس رضي الله عنهم قالوا اتمامها ان تحرم بهما من دويرة اهلك
فجعلوا اتمامها تقديم الاحرام بهما على المواقيت المعروفة لا فرض العبادة
ثانيها انه سبحانه امر باتمامها والاتمام انما يكون بعد الشروع في العبادة
ولم يوجب الابتداء بها وخلافكم في وجوب الابتداء لا في وجوب الاتمام بعد
الشروع ونحن نقول به والاية لا تدل على مدعاهم وقال ابن القصار وي
استدلالهم بهذه الاية غلط لان من اراد ان ياتي بالسنة فواجب عليه ان
ياتي بها تامة كمن اراد ان يصلي تطوعا يجب عليه ان يكون على طهارة ويأتي بها
تامة الاركان والشروط وكذا من اراد ان يصوم تطوعا يجب عليه ان
ينوي كما ينوي في الفرض وكذا من نذر صلاة فقد اوجبها على نفسه وان لم
تكن واجبة في الاصل فاذا دخل فيها يتحتم عليه اتمامها كالنذر وربما قالوا
يبطل بعمرة ثانية وثالثة يجب اتمامها والمضي فيها وفي فاسدها وان لم تكن واجبة
في الاصل وفي البدائع اتمام الشيء لا يكون الا بعد الشروع فيه وقرئ والعمرة
لله بالرفع وهي بمنزلة الخبر المرفوع اي ليست للاصنام كما كانوا يجعلونها
لها وثالثها ان ذلك استدلال على فرضيتها بالقران وهو استدلال ضعيف
لا معول عليه وفي المغني عن ابن عباس انه قال يا اهل مكة ليس عليكم عمرة وانما عمرتكم
طوافكم ومثله عن عطاء وطاوس وكذا عن ابن حنبل وهذا يرد فرضية العمرة
لوجهين احدهما ان العمرة لو كانت فرضا لما سقطت بالتنفل لان احدا لا يوجب
على اهل مكة طوافا فاسدا من غير حج وعمرة والوجه الثاني ان السعي ركن في العمرة
عندهم وسقط بلا بدل فدل على نفلية العمرة وكذا يسقط بالقران وعند ابن

حنبل بالمتعة وكذا بالقران في رواية عنه ولا حجة لهم في حديث العامري اذ لا
دلالة فيه على ايجاب العمرة لانه صيغة امر للولد بان يحج عن ابيه ويعتمر لا
صيغة امر بالحج والعمرة عن نفسه وحجه وعمرته عن ابيه ليس بواجب عليه
اجماعا فلم يكن الامر فيها للوجوب وفيه اشارة الى عدم الوجوب لان من لا يستطيع
الحج والعمرة لا يجبان عليه الا بالاجماع ولا يلتفت الى ابن حزم الظاهري حيث اوجبهما
على غير المستطيع مخالفا للنص القران بخبر الواحد المتروك الظاهر والجواب عن
حديث جابر الذي اخرجه ابن عدي في كامله وهو قوله الحج والعمرة فريضتان
واجبتان هو من طريق عبد الله بن لهيعة المصري وحاله مكشوفة والعجب في
احتجاجهم به مع علمهم بضعفه وتركه وحديث عبد الحق قال الصحيح
انه من قول زيد بن ثابت قال ولا يصح في هذا الباب الا حديث ابي رزين في
الامر بهما وقد ذكرنا الجواب والانفصال عنه وقول ابن عمر معارض بقول
ابن مسعود وقول ابن عباس مضطرب كما ذكرنا والفرض لا يثبت الا بدليل
قطعي ولا يثبت بالاختلاف والاضطراب بخلاف الوجوب على اصلنا مع ان النافي
لا يحتاج الى دليل **قوله** وهي الطواف والسعي قال وقد ذكرناه في
باب التمتع انهم ان السعي ركن فيها كالطواف وهذا حكم قد اختلف فيه
المشايخ والكتب ففي المحيط والبدايع والخزانة والمرغيناني والينابيع
والكرماني الركن فيها الطواف واما السعي والحلق فيها فواجب كالحج وهو
الصحيح وهو قول ابن عباس والثوري واسحق وفي التحفة والقنية
اركان العمرة شيان الطواف والسعي والاحرام شرط ادائها وهي الاصح
وفي المرغيناني هو ركن فيها واوجب الحسن فيها طواف الصدر وفي الكرماني
رواه عن ابي حنيفة وقد تقدم انه لا طواف صدر على المعتمر وفي المحيط
لا حلق في العمرة عند مالك قلت ذكر في الايضاح من كتب المالكية انه سنة
فرع تقديم الطواف على السعي شرط وبه قال مالك والشافعي
وابن حنبل وقال عطا ليس بشرط وهو رواية عن ابن حنبل فان ترك اكثر
الطواف لا يجوز السعي حتى يعيده او يكمل فان اتى باكثره ثم سعى لا يعيد سعيه
ويعيد الاقل من الطواف او يجبره بدم ولا يجب لتاخير طواف العمرة وسعيها
شي ولا لتاخير الحلق لان وقتها واسع ولو جامع قبل الطواف او قبل اكثره
فسدت عمرته ويمضي فيها ويقضيها كالحج وعليه دم وبعد ما طاف الاكثر لا
يفسد وعليه دم وبعد الطواف قبل السعي لا تفسد عمرته وقد تمت ويريق

دما وبه قال الثوري واسحق وعند الائمة الثلاثة تفسد قبل الحلق وعليه بدنة
عند الشافعي وتفسد عمرته قبل التحلل وعند ابن حنبل عليه شاة كقولنا وفي
المغني السعي فرض وفي رواية ابن منصور والاثرم كقول مالك والشافعي
ونقل المروذي والميموني وابو طالب انه مستحب لا يجب بتركه دم وروي ذلك
عن ابن عباس وابن الزبير وانس وابن سيرين واختار القاضي منهم انه واجب
كالرمي كقولنا وبه قال البصري والثوري قال ابن قدامة الحنبلي هذا اقرب
الى الحق ولو اصطاد خارج الحرم قبل الحلق والتقصير فعليه الجزا كالحج وقال
مالك وابو ثور لا شي عليه وحكى الثوري عن عطا انه لو لبس ثوبا قبل ان يقصر
فلا شي عليه وقال الثوري الدم احب الي فصل العمرة في شهر رمضان قال
عليه السلام ان الانصارية عمرة في رمضان تعدل حجة او حجة معي متفق
عليه **باب الحج** عن الغير **قوله** الاصل في هذا
ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كان او صوما او صدقة او غيرها
كالحج وقراءة القران والاذكار وزيارة قبور الانبيا والشهدا والاوليا
والصالحين وتكفين الموتى وجميع انواع البر والعبادات مالية كانت كالزكوة
والصدقة والعشور والكفارات ونحوها او بدنية كالصلاة والصوم
والاعتكاف وقراءة القران والذكر والدعا او مركبة منهما كالحج والجهاد
وفي البدايع جعل الجهاد من البدنيات وفي المبسوط جعل المال في الحج شرط
الوجوب فلم يكن الحج مركبا من البدن والمال قلت وهو اقرب الى الصواب ولهذا
لا يشترط المال في حق المكي اذا قدر على المشي الى عرفات وفي قاضي خان الحج عبادة
بدنية كالصوم والصلاة ويصل اليه وينتفع به ميتا كان المهدي اليه
او حيا هذا في البدايع وفي منية المفتي من حج عن غيره بغير امره يصل ثوابه
اليه ولا يسقط عنه الحج قال في الكتاب والبدايع وغيرهما هذا مذهب اهل السنة
والجماعة قلت وهو قول احمد ابن حنبل وقال مالك والشافعي يجوز هذا في الصدقة
والعبادة المالية وجوزه في الحج واذا قرا على القبر فللميت اجر المستمع ومنعا
وصول ثواب القران الى الموتى وثواب الصلاة والصوم وجميع الطاعات والعبادات
غير المالية ما رواه الدارقطني ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
كان لي ابوان ابرهما حال حياتهما فكيف لي ببرهما بعد وفاتهما فقال له عليه
السلام ان من البر بعد الموت ان تصلي لهما مع صلاتك وان تصوم لهما مع صومك
وعن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال من مر على المقابر وقرا

قل هو الله احد احدى عشرة مرة ثم وهب اجرها للاموات اعطي من الاجر بعدد الاموات
رواه الدارقطني وحصول الاجر للمستمع للقراءة لا يفتقر الى هبة القارئ وروى
ابو بكر صاحب الخلال عن انس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دخل المقابر
فقرا سورة يس خفف عنهم يومئذ وكان له بعدد من فيها حسنات وعن انس انه
سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انا نتصدق عن موتانا ونحج
عنهم وندعو لهم فهل يصل ذلك اليهم قال نعم انه ليصل اليهم ويفرحون به
كما يفرح احدكم بالطبق اذا اهدي اليه رواه ابو حفص العكبري وعن معقل
بن يسار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقرءوا على موتاكم سورة يس
رواه ابو داود وعنه عليه السلام انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه
والاخر عن امته متفق عليه اي جعل ثوابه لامته وهذا تعليم منه عليه
السلام ان الانسان يجوز ان ينتفع بعمل غيره والتاسي برسول الله صلى الله عليه
وسلم هو العروة الوثقى وروى الحافظ اللالكائي في شرح السنة عن ابي
هريرة رضي الله عنه قال يموت الرجل ويدع رجلا غيره فترفع له درجة فيقول
ما هذا يا رب فيقول سبحانه استغفار ولدك لك وقال تعالى واستغفر
لذنبك وللمومنين والمومنات وقال ويستغفرون لمن في الارض وكذا
استغفار نوح وابراهيم وذكر عبد الحق صاحب الاحكام في العاقبة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال الميت في قبره كالغريق ينتظر دعوة تلحقه
من ابيه او اخيه او صديق له فاذا لحقته كان احب اليه من الدنيا وما فيها
ولهذا شرع الدعا للميت في صلاة الجنازة اجمعنا على شفاعة الانبيا والاوليا
والمومنين ودخول الجنة بشفاعتهم فكان ذلك ليس من عملهم وقال الله تعالى
والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان
دل ان هذا الدعا ينفعهم وفي العاقبة قال بشار ابن غالب رايت رابعة
العدوية العابدة في المنام وكنت كثير الدعا لها فقالت يا بشار هداياك
تاتينا في اطباق من نور عليها مناديل الحرير وهذا يا بشار دعا الاحيا
اذا دعوا لاخوانهم الموتى فاستجيب لهم يقال هذه هدية فلان اليك
قال بعض من يوثق به ماتت لي امراة فقرات في بعض الليالي ايات من القران
فاهديتها لها ودعوت واستغفرت لها فلما كان في اليوم الثاني حدثتني
امراة اعرفها قالت لي رايت البارحة فلانة يعني الميتة المذكورة في مجلس
حسن وقد اخرجت لي اطباقا من تحت سرير في البيت وهي مملوة نوار فقالت

يا فلانة هذه هدية اهداها صاحب بيتي قال وما كنت اعلمت احدا بما اهديت
فيه قال ابو قلابة عبد الله بن زيد الجرمي التابعي الكبير رضي الله عنه اقبلت
من الشام الى البصرة فمررت على مقابر ووضعت راسي على قبر فنمت فاذا صاحب
القبر في المنام قد وقف ثم قال جزا الله اهل الدنيا خيرا فانه لا يزال يدخل
علينا من دعايهم مثل الجبال وقال حدثني من اثق به انه قال رايت
فلانة في النوم فقالت يا هذا امض الى بنتي فلانة الفاعلة الصانعة
وسبها وقل لها هذا امن البر ان تقعد مع النسا فياتيهن الطرف والهدايا
من عند بناتهن واخواتهن واتطلع انا يمينا وشمالا رجا ان ياتيني منها
شي فلا ياتيني فابقى خجلة عند النسا وقل لها ان لفلان يعني الى موضع كذا
فان فيه دنانير مدفونة تفعل بها كذا وكذا قال فوجدت الدنانير
كما قالت قال والاخبار في هذا الباب كثيرة واما قوله تعالى وان ليس
للانسان الا ما سعى فقد اختلف العلما فيها على ثمانية اقوال القول الاول
انها منسوخة بقوله تعالى والذين امنوا واتبعتهم ذريتهم ادخل الابنا
الجنة بصلاح الابا قاله ابن عباس والقول الثاني انها خاصة بقوم ابراهيم
وقوم موسى يعني في صحف موسى وابراهيم الا تزر وازرة وزر اخرى وان
ليس للانسان الا ما سعى للعطف فهذا ان في صحفهما اختص بهما فاما
هذه الامة فلها ما سعت وما سعى لها غيرها قاله عكرمة نظيره قوله
تعالى في حق قوم نوح يغفر لكم من ذنوبكم ومن للتبعيض هنا عند سيبويه
لا زايدة في الموجب عنده وفي حق هذه الامة قال الله تعالى ان الله يغفر
الذنوب جميعا هكذا ذكره ابن الحاجب في شرح مقدمته في النحو القول
الثالث ان المراد بالانسان الكافر هنا واما المومن فله ما سعى وما سعي
له قاله الربيع ابن انس والقول الرابع وان ليس للانسان الا ما سعى من
طريق العدل فاما من طريق الفضل فله ما سعى وجايز ان يزيده الله ما شا
بفضله قال الحسين بن الفضل والقول الخامس ان معنى ما سعى ما نوى
قاله ابو بكر الوراق والقول السادس اي للانسان الكافر من الخير الا ما عمله
في الدنيا فيثاب عليه فيها حتى لا يبقى له في الاخرة خير البتة ذكره الاستاذ
ابو اسحق الثعلبي والقول السابع اللام بمعنى على اي ليس على الانسان الا
ما سعى كقوله تعالى وان اساتم فلها اي فعليها وكقوله تعالى ولهم اللعنة
والقول الثامن ليس له الا سعيه غير ان الاسباب مختلفة فتارة يكون

سعيه في تحصيل الشيء بنفسه وتارة لتحصيل سببه لسعيه في تحصيل ولد وصديق
يستغفر الله وتارة بسعي في خدمة الدين والعبادة فيكتسب محبة اهل
الدين والصلاح فيكون ذلك سببا حصل بسعيه حكى هذين القولين ابو
الفرج بن الجوزي وقال ابو محمد في المحلى الدليل على انها منسوخة انها
مكية اتفاقا وقد امر النبي عليه السلام في حجة الوداع بالحج عن الغير في
عدة احاديث وقد اتفقنا على ان العاقلة تغرم المال ولم يصدر منهم
قتل ولا جناية ولم يعترضوا عليه بهذه الاية وليس هو اجماعا اخا عثمان
البتي لا يرى حكم العاقلة وهم يجيزون الصدقة عن الحي والميت والعتق
عنهما اوصى بذلك او لم يوص وجوز الشافعي ان يصلي الحاج عن الغير
ركعتي الطواف والمالكيه جوزت ان يجاهد الانسان عن غيره بجعل ...
ويوجبون على المكرهة على الوطء في رمضان كفارتين على غيرها وما
يدل على هذا ان المسلمين يجتمعون في كل عصر وزمان ويقرؤن القران
ويهدون ثوابه لموتاهم وعلى هذا اهل الصلاح والديانة من كل مذهب
من المالكيه والشافعيه وغيرهما ولا ينكر ذلك منكر فكان اجماعا واما
قوله عليه السلام اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلاث فلا يدل انقطاع
عمله عنه ان ينقطع عمل غيره ولهذا اجمعنا على وصول الحج والصدقة
اليه وقضا الدين عنه قال عليه السلام الان بردت جلدته ثم ان
حقيقة الثواب لا فرق في نقله بين ان يكون ثواب حج او صدقة او وقف
او صلاة او صوم او استغفارا او قراءة القران او قضا دين او غير ذلك
من الاعمال والطاعات فقدرة الله تعالى صالحة للكل من غير فرق بين
ثواب وثواب لمن انصف ودعوى الفرق تحكم ويطابق الاحاديث التي
ذكرناها ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك وحديث ابن عباس في الصحيحين ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بقبرين فقال انهما ليعذبان وما يعذبان
بكبير اما احدهما فكان لا يستتر من البول واما الاخر فكان يمشي بالنميمة
ثم اخذ جريدة رطبة فشقها نصفين فغرز في كل قبر واحدة فقالوا
يا رسول الله لم فعلت هذا فقال لعله يخفف عنهما ما لم ييبسا قال الخطابي
هذا عند اهل العلم محمول على ان الاشيا ما دامت على اصل خلقتها او
خضرتها وطراوتها تسبح الله تعالى حتى تجف رطوبتها وتحول خضرتها
او تقطع من اصلها فان ذلك بمنزلة موتها فانما اخفف عن الميت بوضعه

عليه السلام فبطريق الاولى ان يكون ذلك بالقران الذي جا به من عند الله
سبحانه وتعالى ويؤيده حديث عايشة رضي الله عنها انه عليه السلام قال
ما من مصيبة تصيب المسلم الا كفر الله بها عنه حتى الشوكة يشاكها متفق
عليه ولا صنع له في ذلك وقالت الشافعيه انما اوجر على الصبر وهو منه
قلنا هذا مردود بقوله كفر الله بها او الضمير للمصيبة وحديث ابي سعيد
ما يصيب المومن وصب ولا نصب ولا سقم ولا اذى حتى الهم يهمه الا
الا كفر الله به من خطاياه متفق عليه وفي المنتقى قال عليه السلام لعمرو
ابن العاص اما ابوك لو اقر بالتوحيد فصمت او تصدقت عنه نفعه
ذلك رواه احمد وعن ابي هريرة رضي الله عنه ان رجلا قال للنبي عليه
السلام ان ابي مات ولم يوص اينفعه ان اتصدق عنه قال نعم رواه مسلم
ثم اتفق ارباب المذاهب ان الصحيح لا يستنيب في فرض الحج وفي المحيط
اذا قدر على الحج ببدنه لم يجز له ان يحج عنه غيره لان الحج عبادة بدنيه
والمطلوب منها قهر النفس اللوامه واتعاب البدن ولا يحصل
ذلك بغيره واما من حج عن العاجز فكان عجزه لا يزول كالعمى والزمانه
والاقعاد جاز حجه عنه وعن المريض والمحبوس ان دام مرضه وحبسه
الى الممات ايضا وان زال لا يجزيه وكذا في المبسوط والذخيره وعن
ابي يوسف ان برئ بعد فراغه من الحج جاز ولا اعادة عليه وهو قول
ابن حنبل واسحق والمراة اذا احجت غيرها لعدم المحرم ودام العدم
جاز كالمريض يحكى عن ابي محمد ابن الفضل وفي المبسوط المذهب
عندنا ان المغصوب والمقعد والزمن لا يجب عليهم الحج باعتبار
ملك المال وهو مذهب مالك وروي مثله عكرمه عن ابن عباس وهو
قول الضحاك وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال يجب وبه قال
الشافعي والظاهريه واتفق الاصحاب على انه لا يسقط بعد وجوبه
بهذه العوارض وقال الشافعي يجوز النيابة في موضعين في حق الميت
وفي حق من لا يستطيع ان يثبت على الراحلة الا بمشقة غير معتادة بشرط
العجز الى الممات ذكره البغوي وقال عياض استمرار العجز قول جمهور
العلما قال القرطبي المغصوب الهرم الذي لا يقدر على النهوض قال
الخليل كانه لوي لنا احتج الشافعي والظاهريه ان امراة من خثعم قالت

يا رسول الله ان فريضة الله في الحج على عباده ادركت ابي شيخا كبيرا لا يثبت
على الراحلة افاحج عنه قال نعم وذلك في حجة الوداع في حديث ابن عباس متفق
عليه وفي حديث ابي رزين العقيلي واسمه لقيط ابن عامر وفيه حج عن ابيك
واعتمر رواه ابو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن
صحيح وقد تقدم في باب العمرة وعن علي رضي الله عنه ان جارية شابة
استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابي شيخ كبير وقد ادركته
فريضة الله في الحج فهل يجزي عنه ان اودي عنه قال نعم فادي عن
ابيك رواه احمد والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن عبيد الله
بن الزبير قال جا رجل من خثعم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
ان ابي ادركته حجة الاسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الراحلة
والحج مكتوب عليه افاحج عنه قال انت اكبر ولده قال نعم قال ارايت لو
كان على ابيك دين فقضيته عنه اكان ذلك يجزي قال نعم قال فاحج عنه
رواه احمد والنسائي قال النواوي باسناد جيد ولنا ان الله سبحانه
اوجب الحج على من استطاع اليه سبيلا بنص القران ولم يكلف العاجز قط
والشافعي لم يوجبه على الصحيح الذي لا يجد الزاد والراحلة فكيف يوجبه
على العاجز المقطوع الرجلين وفي المبسوط ولده متبرع في بذل منافعه
الطاعة ولهذا لو لم يتبرع لا يأثم فلا يجب على الاب ولا يكون تبرعه موجبا
للحج على الاب كغير الولد الا ترى انه لو بذل له مالا يلزمه في الصحيح ولا يجب
عليه اعتباره فكذا ببذل الطاعة بل اولى لان الابن لا يرجع في المال
ويرجع في الطاعة في الصحيح ذكره النواوي والجواب عن حديث الخثعمية
من سبعة اوجه الوجه الاول انه خبر واحد يخالف الادلة القطعية
في سقوط التكليف عن العاجز قال القرطبي والحديث اذا خالف القواطع
من الادلة قوي او رد اذا لم يكن تاويله الوجه الثاني جعل الوجوب
على الولي والشافعي يوجب في ماله بالاجارة والحديث لا يدل عليه وما
دل عليه لم يعمل به هو ولا الخصم والوجه الثالث انه عليه السلام
شبهه بديون العباد ولا يلزم الولي قضا دينه اذا لم يترك مالا فكذا
لا يلزمه الحج والوجه الرابع لا خلاف ان دين الادميين يقدم لحاجته
وغنى الله سبحانه وعدم حاجته وانما التكليف لامتثال الامر لا للنفع

والقدر

والقدر والوجه الخامس قولها ادركت ابي لا يدل على وجوبها عليه وانما
معناها نزلت الاية في الحج وابي شيخ كبير والوجه السادس لعلها وهمت
ان اباها دخل بالفرض مع الناس غير انه لا يقدر عليها بنفسه والوجه
السابع ان معنى الحديث وفايدته حصول الثواب والاجر للوالدين وبرهما
والحث على ايصال الثواب اليهما وجا ايضا ان اختي نذرت ان تحج وماتت
افاحج عنها الحديث ويؤيد ما ذكرناه حديث عبد الرزاق عن الثوري
عن الشيباني عن يزيد ابن الاصم عن ابن عباس ان رجلا سال رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال احج عن ابي قال نعم ان لم تزده خيرا لم تزده شرا قال ابو عمرو
ابن عبد البر ظاهر اسناد هذا الحديث ظاهر جميل لان الشيباني ثقة وهو
سليمان ابن ابي سليمان وكذا يزيد ابن الاصم ثقة وعبد الرزاق ثقة لكن
انفرد عن الثوري دون اصحابه مثل يحيى ابن سعيد القطان وابن مهدي
وابن المبارك وابي نعيم وخزيمة البزار ووكيع قلت وانتم تقولون
الزيادة من العدل مقبولة اذا وافقت مذهبكم واذا خالفته رميتموها
بالانفراد عن الجماعة والذي عليه مذهب الشافعي انها مقبولة ثم عند
الشافعي لو حج عنه ثم وجد قوة لا يجزيه وليس الدين كذلك فلم يعمل بشبهة
الدين وفي الذخيرة المالكية ان الحج اوجب على ابيها لعجزه والمراد به انتفاع
ابيها بالدعا والنفقة في طريق الحج وحصول الثواب له وفي الذخيرة
الحنفية هذا الفرض وفي النفل لو امر رجلا ان يحج عنه تطوعا فله ثواب
النفقة في طريق الحج وهذا اتفاق قال لان الحديث انما ورد في الفرض وفي المبسوط
والذخيرة ايضا لو احج رجلا وهو صحيح اجزاه عن التطوع قال لانه فرضه
بنا حالة العذر بالاحجاج في حق الميت فيجوز نفله كالصلاة النفل
قاعدا او راكبا وفي الكتاب قال لان باب النفل اوسع وقال القرافي في الذخيرة
المذهب كراهية النية في النفل وذكر النواوي في شرحه ان في النيابة
في الحج قولين والصحيح جوازها واما النيابة في الحج فلا تجوز في الصحيح بلا
خلاف ولا عن ميت بلا وصية وهل تجوز عن الميت بالوصية او عن معضوب
استاجر من يحج عنه فيه قولان قال الجواز قول الايمة الثلاثة وقاله ابو ثور
وفي القضا والنذر يجوز عن المعضوب والميت بلا خلاف **قوله** ثم
ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة
في الباب كحديث الخثعمية فان النبي عليه السلام قال فيه حج عن ابيك

واعتمري وعن محمد ان الحاج يقع عن الحاج تطوعًا ولا يجزيه عن حجة الاسلام
لانه نواها عن غيره كذا في المحيط وفي الذخيرة عبارة بعضهم عن اصحابنا
ان الحج عن المامور وللامر ثواب النفقة وبه كان يقول شيخ الاسلام
خواهر زاده ويسقط عن الامر لاقامة الانفاق في طريقه مقام الادا
عند العجز عنه وبه قال مالك ولا يجوز النيابة عنده وعبارة بعضهم
ان الحج يقع عن الامر وبه كان يقول شمس الائمة السرخسي قال وهو
الصحيح وفي البدايع ذكر في الاصل ان الحج يقع عن المحجوج عنه وروي عن
محمد انه يقع عن الحاج نفلا والمحجوج عنه ثواب النفقة وفي الكرماني
هذه رواية عن محمد وفي قاضي خان هو اقرب الى الفقه وذكر في ادب
المفتي ان الحج يقع عن المامور ولو فاته يلزمه القضاء دون المحجوج
عنه وقوله في الكتاب في حديث الخثعمية حج عن ابيك واعتمري ومثله
في المبسوط هو سهو وليس في حديث الخثعمية واعتمري وانما ذلك في حديث
رزين واسمه لقيط بن عامر وقد ذكرناه في باب العمرة في الذخيرة قال
ابن حبيب يجزي عن الكبير العاجز والميت الموصي وجوز ابن وهب
بالولد وان لم يوص ونفذ اشهب الوصية بالحج من راس المال ان كان
صرورة وهو الذي يصير ماله ويمتنع من الحج وقيل هو من القطع وهولاء
مالكية وقد خالفوا امامهم وفي الاشراق قال محمد بن سيرين والنخعي
وحماد بن ابي سليمان وداود بن ابي هند وحميد الطويل وعثمان البتي
ومالك وابو ثور وابو هريرة وابن عباس من الصحابة يحج عن الميت من ثلث
ماله اذا اوصى كقول اصحابنا ويكون من منزله اذا كان ثلثه يكفي وقال
البصري وعطاء وطاوس والزهري والشافعي واسحق واحمد يخرج
من راس ماله من غير وصية لكن الشافعي قال يجب من ميقاته وقال احمد
من بلده او من حيث ايسر وانكر قول من قال يحج عنه من ميقاته هذا في
الحج الفرض وقال النخعي وابن ابي ذيب لا يحج احد عن احد ذكره النواوي وقد
تقدمت المسئلة في الزكاة ولا يجوز الاستيجار على الطاعات كالحج والاذان
والاقامة وتعليم الحلال والحرام ولا على المعاصي وهو اظهر الروايتين
عن ابن حنبل وبه قال اسحق ابن راهويه وجوز ذلك مشايخ بلخ وافتوا به
قال الاسبيجابي وعدم الجواز كان في زمانه صلى الله عليه وسلم حين كان حملة
القران قليلا وكان الواجب عليه التعليم بخلاف زماننا ولانه قد ظهر التواني

في الامور الدينية فمست الحاجة الى بذل الاجرة لعدم من يفعل ذلك
حسبة بغير اجرة وجوز مالك والشافعي وابن حنبل النذر الاستيجار
على الحج وقاسا على بنا المسجد والمدارس والربط والقناطر ويجوز
الاستيجار على تعليم اللغة والادب والخط ذكره الاسبيجابي
وهذا اجماع وفي الفتاوى والعيون لا يجوز الاستيجار على غسل
الميت لانه حسبة وجوزوه على حفر القبر واختلفوا في حمل الميت
جوزه في العيون وفي الفتاوى ان لم يوجد غيره لا يجوز واصله ان
ما لا يصح فعله من الكافر لا يجوز الاستيجار عليه وما يصح منه
يجوز كبنا المسجد ونحوها وقد ذكرنا بعض ذلك في الجنايز وياتي
الكلام على ذلك في الاجارات ان شا الله تعالى ولو استاجر للحج ودفع
اليه الاجرة يحج عن الميت جاز عن الميت وله مقدار نفقته في الذهاب
والاياب في طعامه وشرابه وثيابه وركوبه وما لا بد له منه
من غير اسراف ولا تقتير وما فضل يرده على ورثته او وصيه
الا اذا تبرع الوارث عليه بتركه وكذا لو كان اوصى الميت له بما
فضل منه وقال بعض المشايخ لا يجوز لجهالة الموصى والاول اصح
لانه يصير معلوما بالحج عنه وكذا لو اوصى بان يشتري عبدا ويعتقه
عنه ويصرف اليه مائة درهم فانه يجوز وقال بعضهم لا يجوز وفي
المحيط وعند بعضهم لا يجوز لجهالة ما يفضل قال والاصح الاول لانه
يصير معلوما بالحج قلت جهالة الموصى به عند الوصية لا يمنع كالوصية
بما يثمره نخله العام وبثلث ماله ولا مال له فاكتسب مالا وفي
المبسوط كلما لا يتعين على الاجير فعله يجوز الاستيجار عليه اذا كان
يجري فيه النيابة فاذا انجز العقد فغير امره بالحج عنه فكانت
كفايته في ماله لا بطريق العوض كالقاضي والمفتي والمضارب
والعامل على الصدقات والمراة المحتبسة في منزل الزوج ثم الحاج
عن غيره ان شا قال لبيك عن فلان وهو الافضل وان شا اقتصر
على النية عنه وفي الذخيرة اتفقوا على الارزاق في الحج واختلفوا
في الاجارة فمنعها ابو حنيفة وابن حنبل وجوزها مالك والشافعي
باجرة معلومة والانواع اعمال ثلاثة ما يجوز فيه الارزاق والاجارة
نحو بنا المسجد ونحوها وما يمتنع فيه الاجارة دون الارزاق كالقضا

والفتيا وما اختلف في جواز الاجارة دون الارزاق كالامامة والاذان
والاقامة والحج ومنع الشافعي الاستيجار بالنفقة للجهالة وجوزه
مالك بها كالظئر وفي المغني ثم فائدة الاختلاف اذا لم يجز الاستيجار
يكون ما اخذه نفقته لطرئه فلو مات او احصر بعدوّ او سرق
او طيل الطريق فانفق على نفسه لا يلزمه ضمان ما انفقه لانه
كان باذنه وما فضل يرده ولا يدعو الى طعام ولا يتصدق وفي الكرماني
لا يدهن ولا يحتجم ولا يقرض احدا من دراهم النفقة ولا يصرف فيما يد نانير
ولا يشتري بها ما لوضوئه ولا يدخل بها الحمام ولا يشتري بها
دهن السراج ولا يتداوى وفي بعض النسخ يشتري بها دهن السراج
ويعطي منها اجرة الحلاق وهو المختار قال الفقيه ابو الليث هذا
كله اذا لم يوسع عليه الميت فان كان قد وسع في وصيته الحجامة
ودخول الحمام والتداوي وجعل الباقي مثلا له من بعد رجوعه فلا
باس بذلك وفي الذخيرة ومن حج عن غيره ان كان ممن لا يخدم نفسه
جاز له ان ينفق على خادمه من مال الميت وفي المحيط والذخيرة
والاستيجابي والكرماني لو حج عن الميت امراة حرة جاز وقد اساء وفي
الذخيره ويكره وهي كراهة تنزيه وترك الاولى وقال الحسن بن حي لا
يجوز حج المراة عن الرجل ذكره ابن بطال عنه في شرح البخاري قال ابن المنذر
هذه غفلة ولا اساءة فيه عند الائمة الثلاثة لحديث الخثعمية ولنا
ان الرجل يرمل في الطواف ويهرول في السعي ويرفع صوته بالتلبية
ويحلق ويكشف راسه وغير ذلك وهذه كلها عبادات لا تاتي بها المراة
فكان حج الرجل اتم واما حديث الخثعمية فليس في وسعها اكثر من ذلك
فلا يلزمها غرامة المال باحجاج الرجل فصار كصلاة الفذ في حق الرجل
والمراة فانها مكروهة في حق الرجل دون المراة اذا لم يكن معها غيرها
من النسا وكذا لو حج عنه عبد او امة باذن سيدهما جاز وقد اسا ولم
يجوز ذلك الشافعي واحمد والوجه فيه انهما ممن يصح منهما الحج عن
انفسهما فكذا عن غيرهما فان اقام بمكة خمسة عشر يوما او اكثر
سقطت نفقته من مال الميت وفي التحفة ان كانت الاقامة بعد
الفراغ معتادة وزاد على العادة فهي في ماله فاذا رجع لا يعود
عند ابي يوسف ذكره الاستيجابي وفي الذخيرة يعود وعند محمد

يعود

يعود وهو ظاهر الرواية وفي المنتقى ينقطع في حكم السفر وتكون
نفقته من مال نفسه وكذا لو خرج من مكة مسيرة سفره في حاجة
نفسه تكون نفقته في رجوعه في مال نفسه وان توطن بها سقطت
نفقته قلّ او كثر ثم اذا عاد لا يعود بالاتفاق وان كان لخروج القافلة
لا تسقط للضرورة لانه لا يمكنه الخروج بدون القافله وفي الكرماني
اذا اقام ثلاثة ايام بعد الحج فنفقته في ماله ان تيسر عليه الخروج
وحده وفي الينابيع قد كان بعض المشايخ المتقدمين من مشايخنا
يقول ان اقام بمكة اكثر من ثلاثة ايام ينفق من ماله نفسه وكان
هذا في زمانهم لقدرته على الخروج ولو تعجل المامور الى مكة
في رمضان تكون نفقته الى عشر الاضحى من مال نفسه هكذا
روى هشام عن محمد وكذا اذا دخل الخراساني بغداد فاقام بها
مقدار ما تقيم الناس فالنفقة من مال الميت فان زادت ففي
ماله وفي التحفة والقنية اخذ دراهم ليحج بها عن الميت
فانفق بعضها قبل خروجه قل او كثر ضامنا للمال وهو
دين عليه فان حج كان ذلك عن نفسه وحج الميت على حاله وفي المبسوط
وغيره دفع مالا ليحج به عن ميت فانفق منه ومن مال نفسه فكان
اكثرها من الميت جاز عنه والا فهو ضامن والقليل عفو تابع الكثير
للضرورة لان الانسان قد يستصحب لنفسه زادا وثوبا ويشرب
ماء من السقا ويدفع اليه من مال نفسه قال السرخسي وهذه
وهذه المسئلة تدل على ان الحج يقع عن الميت كانفاقه بنفسه لو كان
حيا ويدل عليه الاحاديث التي قد منا ها ولو كان للميت ثواب
النفقة اذا انفق في اكثر الطريق من مال نفسه لان الثواب قد
حصل له بما انفق من ماله قلت ويمكن ان يقال فضمن للمخالفة لانه
قد قصد ان تكون النفقة من ماله في جميع الطريق او في معظمه
ولم يحصل ذلك ولو جامع المامور حتى فسد حجه فهو ضامن للنفقة
لاجل الخلاف وعليه المضي في الفاسد والقضا كالوكيل بالشرى
انه لو افق كان مشتريا للامر وان خالف كان مشتريا لنفسه ولانه
ينوي عن الميت فلو كان الحج يقع عن الحاج لما احتاج الى النية عنه ولو
قرن كان مخالفا عند ابي حنيفة وهو القياس وعندهما لا يكون مخالفا

وهو استحسان وجهه ان المامور اتى بما عليه وزاد بما جانسه كالوكيل بالبيع
اذا باع باكثر مما سمي والقران افضل من الافراد وابو حنيفة رضي الله
عنه امره بان تكون نفقته في جميع سفره للحج خاصة فقد خالفه حيث
جعلها للحج والعمرة كما لو تمتع وان كان التمتع افضل من الافراد ولان
العمرة التي زادها لم تقع للمتبرع به لم يامر بها فكانه نوى ان تكون
العمرة لنفسه وهناك يصير مخالفا فكذا هنا وروى ابن سماعة عن ابي
يوسف ان نوى العمرة عن نفسه لا يكون مخالفا ولكن يرد من النفقة حصة
العمرة التي اداها عن نفسه لانه حصل الحج للميت ببعض النفقة لصرفه
بعضها الى عمرة نفسه وبه لا يصير مخالفا كالوكيل بشرا عبد نفسه
بالف اذا اشتراه بخمس مائة وبه قال ابن حنبل قال السرخسي لكن
هذا ضعيف فانه مامور بتجديد سفره للميت فلو امره بالقران
قدمه على الحاج عندهما وكذا عند ابي حنيفة لانه نسك ولم يخالف
فيه فكان كساير النسك ولان له بدلا وهو الصوم اذا كان معسرا
ولا يشكل ان الصوم على الحاج دون المحجوج فكذا الدم وعلى هذا
الخلاف اذا امره بالعمرة عن الميت فقرن وعلى قولهما ما انفق على
الحج بعد فراغه من العمرة على الحاج خاصة لانه عامل في ذلك لنفسه
لا للميت وبه يتضح قول ابي حنيفة وفي التحفة والقنية لو احج الوارث
بماله عن الميت او حج عنه بنفسه من غير وصية قال محمد يسقط عنه
الحج ان شاء الله وفي الكرماني قال ابو حنيفة هو خبر الواحد وهو لا يوجب
العلم فلا نحكم بسقوطه قطعا فان اوصى به حج من ثلث ماله وقد تقدم
ووجهه ان ما وجب على العبد من العبادات لم يكن بمقابلة عوض مالي
فكان بمنزلة التبرعات فيعتبر من ثلث ماله اذا اوصى ولم يستثن في
الوجه لانه عليه السلام شبه ديون الله تعالى بديون العباد ومن عليه
الدين اذا دفع دينه الى رب الدين يقبله ولا يمنع عن قبوله في الشرع
وكذا لو دفع المامور يقضيا دينه وان تبرع بالدفع غير المديون
ان شا قبله وان شا لم يقبله فكذلك علق القبول بالمشية عند عدم
الامر ولم يعلقه بها عند الوصية فان كان ثلث ماله يبلغ ان يحج عنه
راكبا من بلده ويبلغ ماشيا منه فقد روى هشام عن محمد انه يحج عنه
من حيث يبلغ راكبا ولا يجزيه حج الماشي عنه من بلده وروى الحسن عن ابي

حنيفة

حنيفة انه ان حج عنه من حيث يبلغ راكبا جاز وان حج عنه من بلده ماشيا
جاز ثم الافضل ان يحج عنه من قد حج عن نفسه فلا يكون ضرورة لانه اذا
وصل الى مكة يكره له ان يترك حجة الاسلام فيكون ما اداه عن غيره بحاله
مكروها فكذا في التحفة والقنية قلت انما يكره له اذا دخل مكة
ترك حجة الاسلام اذا لم يدخلها محرما عن غيره لانه يمكنه ان يحج عن نفسه
وفي الكرماني الافضل ان يكون عالما بطريق الحج وافعاله ويكون حرا
عاقلا بالغا لان احجاج غير الضرورة ابعد من الخلاف فكان اولى
والضرورة اذا حج عن غيره فرضا او نفلا جاز عندنا وبه قال مالك
وقال ابو بكر ابن المنذر وهو قول الحسن البصري وابراهيم النخعي
وجعفر بن محمد وايوب السختياني وعطا والثوري وابي ثور وقال
قول ابو عمر هو قول الاوزاعي خلاف ما ذكره ابن المنذر عنه وهو رواية
عن ابن حنبل وقول اسحق واختاره ابن المنذر وقال الشافعي والحنبلي
لا يجوز حجه عن غيره ولا حج النفل عن نفسه ولا عن غيره ويروى ذلك
عن ابن عباس ان النبي عليه السلام سمع رجلا قال لبيك عن شبرمة
فقال من شبرمة فقال اخ لي او قريب لي قال حججت عن نفسك قال
لا قال حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة اخرجه ابو داود وابن ماجة
قال البيهقي هذا اسناد صحيح ليس في هذا الباب اصح منه قال
ابو الفرج ابن الجوزي يروى من طرق في احدها حميد ابن الربيع
قال يحيى وهو كذاب وفي الطريق الباقي الحسن بن ذكوان ضعفه
يحيى بن معين وقال احمد احاديثه اباطيل وفي السند الذي
ذكره ابو داود وابن ماجة وقال البيهقي هذا اسناد صحيح ليس في
هذا الباب اصح منه عزرة قال ابو الفرج عزرة هذا لا شي قلت
في هذا نظر فان من اسمه عزرة في علمي سبعة ثلثة منهم عزرة بن قيس
اثنان منهم لا شي والثالث مجهول هكذا ذكره ابن الجوزي في الضعفا
والمتروكين وجعل ابو الفرج عزرة الداري لهذا الحديث عزرة
فظ بن قيس الذي هو لا شي وقال البيهقي هو عزرة بن يحيى قال عبد الله الحا
سمعت ابا عبد الله الحافظ يقول ذلك فلم يتحقق منه فكيف حكم من حديثه
بالصحة قال وقد روى قتادة ايضا عن عزرة بن تميم وعزرة بن عبد
الرحمن قال ابو علي الغساني في كتابه المسمى بتقييد المهمل وروى مسلم

عن قتادة عن عروة بن عبد الرحمن الخزاعي عن سعيد ابن جبير في كتاب اللباس
وقال البخاري وعروة بن عبد الرحمن الخزاعي كوفي وقال ابو بكر البزار
في مسنده صوابه عبد الرحمن وعروة بن ثابت عن ابن الزبير عن جابر ولا
يعرف حاله فقد اختلفوا في عروة الراوي لهذا الحديث اختلافا
شديدا وروى ابن الجوزي من طريقين اخرين في احدهما محمد بن مخلد
قال الدارقطني حدث بالاباطيل وهو منكر الحديث وفي الاخر ابن ابي
ليلى الفقيه ضعيف الحديث على الطبقة في الفقه قال في الامام الذي
يعتل به في هذا وجوه احدها الاختلاف في الوقوف والرفع فعمدة بن
سليمان رفعه كما ذكرنا وقيل تابعه غيره واما الوقوف فان محمد ابن
جعفر رواه عن سعيد بن ابي عروبة فوقفه ورواه سعيد بن منصور
قال حدثنا سفيان عن ايوب عن ابي قلابة واسمه عبد الله بن زيد الجرمي
سمع ابن عباس رجلا يسمي شبرمة قال وما شبرمة فذكر انه قرابة له
فقال احججت عن نفسك قال لا قال حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة قال
فهذا موقوف على ابن عباس وفيه مع الوقف زيادة استبعاد بعدد
القصة بان تكون وقعت في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم معه
وفي زمن ابن عباس على سياقة واحدة واتفاق شخص واحد واتفاق لفظ
ولا شك ان هذا منكر بعيد ثانيها الارسال فان سعيد بن منصور عن
سفيان عن ابن جريج عن عطا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ذلك
ثالثها ان قتادة لم يقل في هذا الحديث حدثنا ولا سمعته وهو امام في
التدليس قاله ذكره ابن الغلس في كتابه قال ابن الغلس الظاهري وقد قال
بعض اهل العلم ان هذا الخبر ليس بثابت لان سعيد ابن ابي عروبة كان
يحدث بهذا الحديث بالبصرة فيجعله من قول ابن عباس ولا يرفعه بالكوفة
فجعل هذا الكلام من قول النبي عليه السلام وابو قلابة لم يسمع من ابن
عباس شيا قال الشيخ تقي الدين في الامام قالوا الخبر بذلك غير ثابت
قال ابن المنذر لا يثبت خبر شبرمة قال المحب ورواه الخطابي والبغوي
والبيهقي موقوفا على ابن عباس وللجمهور حديث الخثعمية المتفق عليه
ووجه التمسك به انه عليه السلام قال لها حجي عن ابيك ولم يسالها
هل حججت حجة الاسلام ام لا فلو كان حجها عن نفسها شرطا لصحة حجها عن
ابيها لنبه عليه السلام لها وترك الاستفصال دليل على صحة حجها

عن

عن ابيها وان لم تحج حجة الاسلام وقال عليه السلام انما الاعمال بالنيات وانما
لكل امرئ ما نوى وهو نص شرعي واصل عقلي وكيف تحصل له عبادة لم
ينوها قال الطرطوسي قوله حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة او اجعل
هذا عن نفسك ثم حج عن شبرمة لو كان حجه وقع عن نفسه كما زعموا
كيف كان عليه السلام يقول له حج عن نفسك وقد وقع الحج عن نفسه
وحج عن نفسه عندهم و الامر طلب الفعل من المخاطب في المستقبل
بل كان يقول له هذا وقع عن نفسك وهو اعرابي لا يعرف حكم
الشرع ويقول له من عليه حجة الاسلام لا يجوز له ان يحج عن غيره
والاحرام يقع لازما فلم يجز له نقله الى نفسه بعد ما تلبس به
لغيره فكان كمن عليه زكاة او كفارة يجوز له ان يودي زكاة غيره
وكفارته بامره ويقع عن المودى عنه فان قيل فقد جوزتم صوم
رمضان النفل يجوز واجحة الاسلام بنية النفل قيل له ليس صوم
رمضان كالحج لان صوم رمضان لا يجوز اخلاؤه عن صوم رمضان في
حق المقيم الصحيح ويجوز اخلاء زمان الحج عن الحج فيه لان الحج فيه غير
معين والصوم في شهر رمضان متعين فالزمان للصوم معيار لا
يسعه غير صومه والزمان في الحج ظرف يجوز ان يوجد فيه الفرض
والنفل فالحاجة في صوم رمضان الى اصل النية وفي الحج الى نية
التعيين او الاطلاق قال في المبسوط المعروف للفرض وهو حجة الاسلام
دون التطوع فينصرف المطلق عليه كما في نقد البلد اذا اطلق ينصرف
الى المعروف وهو غالب نقد البلد واذا نص على غير الغالب ينصرف
اليه فكذا اذا نص على النفل اذ لا اعتبار للدلالة مع النص بخلافه
وقيل ان ذلك الرجل لم يكن محرما بعد وانما كان يتعلم التلبية عن الغير
فاشار عليه السلام ان يبدا بالحج عن نفسه وهو الافضل عندنا ويكون
الامر فيه محمولا على الندب لقوله عليه السلام ابدا بنفسك ثم بمن
تعول واعتبر اهل خراسان باطلاق الاحرام وعليه عولوا وليس
بشي ولان الشافعية لم يعملوا بما رووه فان عندهم لو قضى دين ابيه
وهو معسر ثم ايسر لا يعاد الدين عندهم وهذا ايضا دال فلم يجعلوه
كالدين قوله ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل
بحجة عنهما فهي عن الحاج تطوعا ويضمن النفقة يعني انه امره كل واحد

منهما ان يحج عن نفسه خاصة و وجهه ان الحجة الواحدة لا يمكن ان تجعل
عنهما اذ كل واحد منهما امره بحجة كاملة ولا عن واحد معين لعدم
الاولوية ولا عن واحد غير معين لعدم الفائدة فوقع عن نفسه
ولانه خالف كل واحد منهما فوقع عن نفسه ويضمن النفقة اذا
كانت من مالهما او مال احدهما يصرفها في حجة نفسه وان نوى عن
احدهما لا بعينه فان مضى على ذلك صار مخالفا وكذا لو كان احدهما
امره بالحج والاخر بالعمرة فقرن كان مخالفا وهو قول الشافعي
وجوزه ابو ثور واختاره ابن المنذر الا ان يكونا امراه بالقران
لان مقصودهما تحصيل النسك دون تخليص السفر وان عين احدهما
في الابهام قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف وهو القياس لان الابهام
ضد التعيين بخلاف احرام المبهم وقد تقدم وجه الاستحسان
ان الاحرام شرط بخلاف ما بعد الشروع في الاحرام لان بعد ادائه
منهما لا يحتمل التعيين فكان مخالفا ولو كان امره بالقران فساق
الهدي وقلده يصير محرما بهما بذلك كما لو قرن بنفسه مع
سوق الهدي من غير تلبية ولو احرم عن نفسه وعن ولده
الصغير الذي معه ثم جنى فعليه بدنة واحدة عن نفسه وعن
ولده لان اهلال ولده لو كان بنفسه لا يجب به على ولده الصغير
شيء وهو يصير محرما باهلال ابيه لان الاب يصير محرما عنه فيبقى
الاب محرما احراما واحدا عن نفسه فعليه جزاء واحد بخلاف القارن
فانه محرم احرامين عن نفسه ولو حج عن ابويه فله ان يجعله عن ايهما
شاء لانه متبرع في جعل ثواب عمله لغيره فيبقى على خياره ولا مخالفة
في التبرع بخلاف المامور على ما تقدم وحاصل الفرق ان جهالة الملتزم
لا يمنع الصحة بخلاف الملتزم له كالاقرار المجهول فصار كالاحرام بما
احرم به زيد وفي رواية ابي حفص عن ابي يوسف اذا احرم عن احد
ابويه يقع عن نفسه ذكره في المحيط وفي قاضي خان وان احرم ولم
ينو احدهما فلا نص فيه قالوا ينبغي ان يصح التعيين بالاجماع وان
امره ان يقرن عنه فقرن فدم القران على من احرم لانه دم شكر
على ما مر في القران وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد ان الحج
يقع عن المامور وكذا لو امره احدهما بالحج والاخر بالعمرة واذن له

في القران فالدم عليه ٥ وفي المبسوط لو احرم المامور بحج واحصر وتحلل
فعليه قضاء حجة وعليه عمرة بمنزلة ما لو كان احرم لنفسه واحصر
وتحلل وهو شاهد لمحمد ايضا ان الحج يقع للمامور فانه غير مخالف ومع
ذلك قضاء الحج والعمرة عليه فدل ان الحج للحاج وللميت ثواب النفقة
ودم الاحصار على الامر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
على الحج كسائر الدماء ولهما ان الامر هو الذي ادخله في هذه الورطة
فعليه خلاصه بخلاف دماء الجنايات وفي المغني للحنابلة دم الجنايات
في ماله وكذا دم التمتع والقران الا ان يؤذن له ودم الاحصار على
المستنيب ويرد ما انفقه من ماله من استنابه لان الحج لم يجز عنه
وكذا لو فاته الحج بتفريط وان فاته من غير تفريط احتسب له
بالنفقة انتهى كلامه ٥ وفي التحفة والقنية لو فاته الحج لا يضمن
النفقة لعدم المخالفة وعليه الحج من قابل بمال نفسه ولو افسده
بالجماع يضمن النفقة وعليه الحج من قابل بمال نفسه ويمضي في الفاسد
ولو امره بالقران فافسده يلزمه قضاء حجة وعليه عمرة وكل ذلك
من ماله وصلب حاله وهذا لان فائت الحج يتحلل بالعمرة وعند العجز
عنها يقوم الدم مقامها والعمرة عليه فكذا ما قام مقامها فصار
كدم المتعة والقران والكفارات ولو كان الحج عن الميت فدم الاحصار
في مال الميت عندهما وعن ابي يوسف في مال الحاج كما مر ثم قيل هو من
ثلث مال الميت لانه من الصلاة كالزكاة وغيرها وقيل من جميع ماله
لانه دين المامور ٥ وفي قاضي خان دم الحج ثلثة دم جناية ودم نسك
ودم مونة الاول دم قتل الصيد وارتكاب المحظورات والثاني دم
المتعة والقران فيهما على المامور والثالث دم الاحصار فهو على
الخلاف الذي ذكرناه ومن اوصى بان يحج عنه فلما بلغ الكوفة مات او
سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عنه من منزله من ثلث ما بقي
وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يحج عنه من حيث مات المامور ويأتي
الكلام على هذه المسئلة في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى ولو كان للميت
اوطان فاوصى ان يحج عنه من اقرب اوطانه الى مكة وان كان له وطن
واحد يحج عنه من بلده الذي هو وطنه وان احج عنه من غير بلده فهو
قريب منه بحيث يذهب الانسان اليه ويعود قبل هجوم الليل كمن مات

في محلة فاحجوا عنه من محلة اخرى وفي الكرماني اذا خرج الحاج فاقام في بعض
البلاد حتى تحولت السنة فمات به واوصى بان يحج عنه فانه يحج عنه من بلده
في قولهم ولو اوصى بان يحج عنه من غير بلده يحج عنه كما لو اوصى قرب من مكة
او بعد لانه لو لم يوص لا يجب عليه فاذا اوصى يجب بقدر ما اوصى والمكي
لو مات بالذي اوصى يحج عنه من وطنه بمكة وفي الكرماني حكاه
عن ابي يوسف واذا اوصى بان يقرن عنه او يتمتع عنه فانه يكون من الذي
لان اهل مكة ليس لهم قران ولا تمتع وفي المبسوط واذا مات الرجل
فاوصى بان يحج عنه فعلى الوصي ان يحج عنه بماله وكان ينبغي له ان يقول
واذا اوصى الرجل بان يحج عنه فمات فعلى الوصي ان يحج عنه بماله ويمكن
ان يقال معنى قوله واذا مات اذا احضره الموت ولم يمت بعد وان كان
المال الذي سماه الموصي لا يبلغ ذلك فالقياس بطلان الوصية وفي
الاستحسان يحج عنه من حيث يبلغ وفي شرح الطحاوي يبطل ولم يذكر
القياس والاول اصح بخلاف الوصية باعتاق نسمة ويأتي ان شاء الله
وان اوصى بحج وماله يبلغ بحجة واحدة ولا يكفي للثانية يحج عنه واحدة
ويرد الزيادة الى الورثة وان اوصى بثلث ماله في الحج وهو يكفي حججا
يحج عنه حج في السنة الاولى وهو الافضل وان احج في كل سنة حجة جاز
ولو اوصى ان يحج عنه ولم يوص الى احد فللورثة ان يحجوا عنه ولو قال احجوا
فلانا حجة ولم يقل عني ولم يسم كم يعطي فله قدر ما يحج به وله ان لا يحج لانه
لما لم يقل عني كان ذلك وصية له بقدر ما يحج به كمن وهب لانسان ثوبا
ليلبسه فان له ان لا يلبس الثوب وفي الجملة فقد ملكه هذا القدر
من المال واذا اوصى بان يحج عنه بعض ورثته فاجازت ورثته وهم كبار
جاز وان كانوا صغارا او كبارا لم يجز لانه بمنزلة الوصية للوارث بالنفقة
فلا يجوز الا باجازة بقية الورثة ذكره الكرماني في مناسكه وللوصي ان
يسترد النفقة من المدفوع اليه قبل ان يحرم فاذا احرم فليس له
استردادها فان النفقة الى عوده في مال نفسه وان كان لخيانة منه وان
كان لضعف رأيه او لجهله بالمناسك فنفقته في مال الميت لانه لمنفعة
الميت وان لم يكن شيء من ذلك فنفقته في مال الوصي لتعديه وفي المحيط
ان اراد والاخذ منه فاحرم اخذ وامنه والنفقة على نفسه على ما مر
ولو جامع بعد الاحرام فللوصي ان يسترد النفقة كلها ولو اوصى ان يحج

عنه فلان فابى فلان او لا فدفعه الى آخر جاز وان قال لا يحج الا فلان فابى بطلت
الوصية ذكره الكرماني وفي الينابيع اوصى ان يحج عنه فلان فمات فلان فعن
محمد يحج عنه غيره الا ان يقول لا يحج الا فلان او لا يحج غيره ولو ركب اكثر
الطريق لا يضمن النفقة وان مشى اكثره ضمنها لان للاكثر حكم الكل ولو
حج على حمار او اوصى ان يدفع بعيره الى رجل ليحج عنه فاكراه الرجل وانفق
الكرى على نفسه في الطريق وحج عن الميت ماشيا جاز استحسانا وهو
المختار وان خالف امره ثم يرد البعير الى ورثته لانه يملك ان يبيع البعير
ويحج بثمنه فاولى ان يوجره وفيه خلاف زفر ولو اخذ المأمور طريقا
ابعد الى مكة واكثر نفقة وهي مسلوكة جاز ولو عين له سنة فحج بعدها
جاز كما لو وكله ان يبيع عبده غدا فباعه بعده وفيه خلاف زفر ولو مرض
المأمور فدفع الى غيره ليحج عن الميت لم يجز الا ان يكون اذن له في ذلك
فيصح بحكم الاذن وينبغي لكل وصي ان يأذن للمأمور وان امره ان يفعل
ذلك واذا مات المأمور بالحج بعد ما وقف بعرفة اجزأه الحج عن الميت
لوجود معظمه ولو رجع قبل طواف الزيارة الى بلده فهو محرم ابدا
في حق النساء فيرجع بغير احرام بنفقته ويقضي ما بقي لانه من جنايته
والافضل ان يحج الانسان عن الميت ذاهبا وآيبا ولو حج الميت ثم اعتمر
لنفسه لا يضمن النفقة لانه اتى عن الميت بحجة ميقاتية وما دام مشغولا
بالعمرة فنفقته في مال نفسه فانه عامل لنفسه فاذا فرغ منها فنفقته
في مال الميت ولو بدأ بالعمرة لنفسه ثم حج عن الميت قالوا يضمن جميع النفقة
لانه خالف امره وفي الوبري اذا حج الوصي من حيث يبلغ الا ان يكون الفضل
يسيرا من زاد وكسوة في العادة فلا يكون مخالفا ويرده الى الورثة الا
ان يكون الميت اوصى له بما يفضل من ذلك فيكون له على ما تقدم وفي المحيط
والكرماني وغيرهما رجل وجب عليه الحج ولم يؤخره فخرج مع الناس
عام وجوبه فمات في الطريق فليس عليه ان يوصي به الا ان يتطوع لانه
لم يؤخره بعد الوجوب اوصى ان يحج عنه بثلث ماله وهو يبلغ حججا فهذا
على ثلاثة اوجه احدها ان يقول احجوا عني حجة واحدة او يقول احجوا
عني كل سنة حجة ففي الوجه الاول ما فضل يرد الى الورثة وفي الثاني بالخيار
ان شاء احج عنه في سنة واحدة حججا وهو الاصل وان شاء كل سنة حجة وانما كان
الاول افضل لانه تنفيذ الوصية والمسارعة الى فعل الطاعة وادا

الامانة اذ في التاخير عوارض وافات من هلاك المال وقطع الطريق بالقتال
وتغير الاحوال وان اوصى ان يحج عنه كل سنة حجة لم يذكر في الاصل
وروي عن محمد كالثاني لان شرط التفريق لا يفيد ولا يعتبر من الشروط
ما لا يفيد قلت الشرط الذي فيه احتمال الفايدة لان غرضه ان
يكون له نصيب في كل سنة من الوقوف بعرفه مع عمار الواقفين على
الجبل من الاوليا والابدال والصالحين كانه واقف معهم مشارك
لهم بوقفة ثانية وكذا في الطواف والسعي بين الصفا والمروة
وتجدد له هذه البركة في كل سنة وهذا مقام عظيم الى ان ينفد
المال وفي النوادر ان اوصى بان يحج عنه بماية وثلثه اقل منها
يحج عنه من الثلث من حيث يبلغ قال في المحيط لانه لا عبرة للمسمى فان حج
فانه يجوز النقصان من المسمى حتى لو حج الوصي عنه باقل من ماية
جاز لان الموصى به هو الحج لا يختلف وفي الينابيع اوصى ان يحج
عنه عشر حجج في عشر سنين فاحج الوصي عشرة انفس في سنة
واحدة جاز اذا كان بامر الحاكم وبغير امره يضمن وهذا يوضح لك
ما ذكرته قبل هذا من فايدة التقييد والمال المدفوع الى المامور
بالحج لا يملكه وانما ينفق على نفسه بالمعروف على حكم ملك الميت فهو
مال لا مالك له ولو ضاع المال قبل احرامه لا يكون حجه عن الامر
وبعده يكون عنه ولم يرجع بما انفق على احد لتبرعه ولو دفع مالا
ليحج به عنه فاحرم بحجة عنه ثم مات الامر فلورثته ان يستردوا منه ما بقي
ويضمنوا ما انفق بعد موته لان هذه النفقة كنفقة ذوي الارحام
يبطل بالموت ويرجع المال الى الورثة ثم المامور لو قال حججت عن الميت
فالقول قوله مع يمينه ولو امروه ان يحج عنه بدينه فقال حججت لا
لا يصدق الا ببينة وكذا الوكالة للمال مدفوعا اليه فرجع من الطريق
وقال قطع علي الطريق او ضعت فرجعت عن الحج وقد انفقت منه يضمنه
الا ببينة او تصديق الورثة والحيلة ان يقبض دينه ثم يقبضه
فيحج به ولو قال ضعت صدق ولا يضمن ما انفق في الرجوع عند شداد
وقال خلف يضمن الجميع قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان يكون امرا ظاهرا
ذكر في الينابيع وفي خزانة الاكمل له ان ينفق على نفسه من مال الميت
يومين او ثلاثة رجا فتح الطريق وفي البدايع لو اشترى بالمال عروضا

للتجارة وانفق على نفسه من ماله وحج عن الميت فحجه لنفسه ويضمن المال
قال ابو يوسف يجزيه عن الميت وهو قول ابي حنيفة ولو خلط النفقة
بمال نفسه وحج جاز ولو اشتغل بحاجة نفسه حتى فاته الحج ضمن المال
فان حج من قابل بمال نفسه اجزاه فان كان الوصي قال له حج العام فكذا
عند ابي يوسف وعند زفر يضمن المال وان فاته الحج بافة سماوية او مرض
او سقط من بعيره او هرب الكاري وتركه كان له ان يرجع الى اهله بذلك
قال محمد في نوادر ابن سماعة اذا فاته الحج لا يضمن النفقة الماضية
ونفقته في رجوعه في ماله وذكر في الاملا ان نفقته الحضر وكراه في رجوعه
من مال الميت وهو رواية ابي يوسف والحسن قال محمد يحج في ماله دون مال
الميت ولو احرم من الميقات او دونه فضاع المال فانفق من مال نفسه
حتى قضى المناسك ورجع الى اهله لم يرجع به على الوصي الا بامر القاضي
في نفقته وعن محمد لا يرجع قبل الاحرام وبعده يرجع وقال محمد في الرقيات
اذا نفدت النفقة بمكة او في بعض الطريق فانفق من مال نفسه رجع بذلك
على من دفع اليه المال وان كان بغير امر القاضي وان اخذ مالا ليحج به فاحصر
نفسه في الطريق ضمن المال قاله خلف ابن ايوب وشداد وفي الكبرى لو كان
ثلث ماله لا يمكن الحج به لقلته بطلت الوصية واذا اوصى ان يحج عنه بجميع ثلثه
او بثلثه او من ثلثه وثلثه يبلغ حججا حج عنه بجميع ثلثه ثلاث حجج بخلاف ما لو
اوصى ان يحج عنه فانه يحج عنه حجة واحدة وفي المغني اخذ مالا ليحج به فلما
بلغ الكوفة مرض فرد جميع ما اخذه ولا يحتسب له بما انفق ولو ضاع لا يغرم
عليه وعن احمد ان مرض فرجع فلا شي عليه فيما انفق وان قال خفت ان امرض
فرجعت فعليه الضمان لانه موهوم وفي عمدة الفتاوى اجعلوا من ثلثي
حجتين يكتفى بواحدة ويرد الفاضل الى ورثته وان فضل وفي غرة المفتي
قال لله علي ثلاثون حجة فاحج ثلاثين نفسا في سنة واحدة ومات قبل مجي
وقت الحج جاز الكل وان لم يمت وجا وقت الحج وهو بعد بطلت حجة واحدة
لانه قدر بنفسه وكذا الكل ما جا في ثواب من حج عن ابويه عن ابن عباس قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حج عن ابويه او قضى عنهما مغرما بعث
يوم القيامة مع الابرار وعن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حج عن
ابويه او عن امه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج وعن زيد بن
ارقم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حج الرجل عن والديه يقبل منه

ومنهما او استبشرت او واجهما وكتب عبد الله بن الخوجه الدارقطني والله
تعالى اعلم بالصواب **باب الهدي** وما جاء في فضله
عن الاسود بن هلال قال هاجرت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقدمت بابل وا قمنا في السوق ثم دخلت المسجد فاذا عمر يخطب ويقول
اهد وانما الله يحب الهدي خرجت وقد تعلق بعنق كل بعير رجل
فتبعت واصبت سوقا وكان في هدايا رسول الله صلى الله عليه وسلم جمل
لابي جهل في انفه برة فضة قال ابن منها البرة من ذهب قال البطليلي
يغيظ بذلك المشركين لان صاحب الجمل قتيل سليب رواه ابو داود
وابو ذر الهروي واسم هذا الجمل عصفير في ديوان الادب الهدي
ما يهدى للبيت قال ابن فارس في المجمل الهدي والهدي ما يهدى
الى الحرم من شاة او بقر او بعير وفي مشارق الانوار الهدي ما يهدى
الى البيت من بدنة او بقرة او شاة واهل الحجاز يخففونه وبنو تميم
وبعض قيس يثقلونه **قوله** الهدي ادناه شاة قد تقدم عن ابن
عباس انه قال ما استيسر من الهدي بشاة وهو من ثلثة انواع
الابل والبقر والغنم وهذا اجماع والبدنة من الجزور والبقرة
عندنا وبه قال مالك وقال الشافعي البدنة الجزور خاصة وهو
قول عطا واختاره ابو عمر بن عبد البر واستدل بقوله عليه السلام
في الصحيح من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح في
الساعة الثانية فكانما قرب بقرة قال انها غير البدنة وفي المنافع
تخصيص الشي باسم خاص لا يمنع دخوله تحت اسم عام كقوله تعالى وملائكته
وجبريل وميكال واذ اخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح الاية
او نقول المشترك لا يعم في الاثبات فخرج افراد البقرة ليعم الحكم فيهما
ويدل عليه حديث جابر ان رجلا قال له انشترك في البقرة ما نشترك
في الجزور فقال جابر ما هي الا من البدن رواه مسلم ولو سلم اختصاص
البدنة بالجزور لكن الشرع قد سوى بينهما حيث جعل كل واحد
منهما مجزيا عن سبعة وقد ذكرناه واضحا قبل هذا ولا يجوز في الهدايا
الا ما جاز في الضحايا يعني الجذع من الضان والثني من الابل والبقر
والمعز وعن ابن عمر كان يقول في الهدايا والضحايا الثني فما فوقه
اخرجه مالك وقال الزهري لا يجزي الجذع من الضان وعن الاوزاعي

يجزي

يجزي الجذع من الجميع وعن انس والحسن بن ابي الحسن يجزي الجذع من الابل
عن ثلثة وعن عطا عن سبعة ذكره ابن المنذر وذكر البيهقي في السنن
الكبير عن علي وابن عباس وعطا بن ابي رباح والحسن وابن جبير ان
ما استيسر من الهدي شاة وعن ابن عمر انه البعير والبقرة والحلال
الاول وعن ابن عباس ما استيسر من الهدي جزور او بقرة او شاة
او شرك في دم رواه البخاري من اوجه عن سبعة وكذا مسلم
ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لان القربة فيهما في
اراقة الدم فلا يختلفان والشاة جائزة في كل شي الا في موضعين
فيمن طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة قبل
طواف الزيارة فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد تقدمت المسلة
وما فيهما من الخلاف ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران
وبه قال عطا وابن حنبل وفي المبسوط ويستحب الاكل وقال مالك لا ياكل
من فدية الاذى وجزا الصيد وما نذر للمساكين وياكل مما سواه
وقال الحسن البصري ياكل من الجميع رواه سعيد بن منصور وقال الشافعي
ياكل من الهدي للتطوع لا غير وعن ابن عباس انه بعث بهديه الى
البيت مع الاسود بن يزيد وعبيدة السلماني فامرهما اذا قدما مكة
ان ينحرا هديه ويتصدقا بثلث ويبعثا الى اقاربه بثلث وياكلا
ويطعما من شا الثلث رواه سعيد بن منصور وقد صح ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اكل من لحم هديه وحسا من مرقه وقد ثبت ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم ساق مائة من الابل فنحر ثلاثا وستين بيده ثم
اعطا عليا فنحر ما غبر رواه مسلم في صحيحه قيل قصد بها سني عمره
وهي ثلث وستون لكل سنة بدنة وعن علي نحر رسول الله صلى الله عليه
وسلم ثلاثين بيده وامرني فنحرت سايرها وفي اسناده محمد بن اسحق
والصحيح الاول قال صاحب المحيط والكرماني وكان الواجب فيها
سبع بدنة وقال ابن حزم الظاهري كان الكل تطوعا لانه لا يرى
على القارن دما وقد تقدم وامر عليا ان ياخذ من كل بدنة بضعة
وان يطبخها ثم اكل من ذلك وشرب من مرقه قال ابن حزم ولم يقتصر
على الاكل من بعض الهدي دون بعض فكان الاكل من كل واحد منها فرضا
وامر ان ياخذ من كل بدنة ببضعة قلت هذا فاسد من وجوه احدها

ان فعله عليه السلام لا يحمل على الفرض بل هو محمول على الاباحة والاستحبا
لاسيما في باب الاكل اذ لم يثبت في الشرع فريضة الاكل الا في حال الخوف
على نفسه الموت بتركه والثاني معلوم بالضرورة انه عليه السلام
لا ياكل من لحم مائة بدنة ولم ينقل انه عليه السلام كان نهما في الطعام
والثالث قد ثبت انه كان قارنا ولا يلتفت الى خلافه فانه خلاف
الاختلاف وقد قال الاصحاب والشافعية انه لا يعتبر خلاف الظا
هرية مع ان فساد القول بايجاب الاكل على صاحب الهدي من هديه
لا يحتاج الى دليل ويتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا اثلاثا
كما ذكرناه في اثار ابن مسعود رضي الله عنه ومن العلما من جعل التصدق
بالثلث واجبا ويعرف ذلك في كتاب الاضحية ان شا الله ولا يجوز الاكل من
بقية الهدايا الا نها دما كفارات وغالب اسبابها جنايات على
الاحرام ٥ وفي النافع المتقدم الاحصار بعد ما الجنايات لان المحصر
الحق بغايات الحج ومعسره حيث شرع له التحلل من احرامه بالهدي
وفي الكتاب والمبسوط قد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما احتبس
بالحديبية وبعث الهدايا على يد ناجية الاسلمي قال لا تاكل انت ورفقتك
منها شيا وفي سنن ابي داود والترمذي وابن ماجه عن ناجية الخزاعي
وكان صاحب بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا رسول الله كيف
اصنع بما عطب من البدن قال انحره واغمس نعله في دمه واضرب
صفحته وخل بين الناس وبينه فلياكلوه ٥ وفي المنتقى لابن تيمية
قالت عايشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يهدي من المدينة
وليس في حديث ناجية ابن جندب الاسلمي انه عليه السلام امره ان
يسلك بها الفجاج والاودية حتى يخرج بها الى منى فقال ما اصنع بما
عطب منها فقال انحرها واصبغ نعلها بدمها واضرب صفحة سنامها
مثله في شرح المهذب للنواوي وفي المحيط صفحة وجهها وعن ناجية
الاسلمي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بهدي فقال ان عطب
فانحره ثم اصبغ نعله بدمه ثم خل بينه وبين الناس رواه ابو داود
والنسائي وابن ماجه وقال حديث حسن صحيح وعن ابن عباس رضي الله عنهما
قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم فلانا الاسلمي وبعث معه بثماني عشرة
بدنة فقال ارايت ان ازحف علي منها شي قال تنحرها ثم تصبغ نعلها في

دمها ثم اضرب بها صفحتها ولا تاكل منها انت ولا رفقتك رواه مسلم وابو
داود والنسائي ويروى بست عشرة بدنة والصحيح الاول وفي الاكمال
صفحتها ولا تاكل منها انت ولا رفقتك رواه مسلم اي جانبها ويروى شم
اضرب به صفحة عنقه بنعلها اي بالنعل التي هي قلادتها وقد جا مفسرا
عنه عليه السلام كل بدنة عطبت من الهدي نحرها هناك ثم القى قلادتها
في دمها ثم خل بينها وبين الناس المساكين ويروى ثم اضرب به صفحة
عنقه وفي المغني ناجية بن كعب وقيل اسمه ذكوان فسماه رسول الله
صلى الله عليه وسلم ناجية لانه نجا من قريش والها للمبالغة كالرواية
ومعنى ازحف اعيا قال الخطابي زحف البعير اذا قام من الاعيا وازحفه
السير وقيل زحف البعير وازحف لغتان ذكرهما العالي والزجاج
ويروى ابدع اي كل وانقطع وكان ناجية ورفقته اغنيا فلهذا
قال لا تاكل انت ولا رفقتك منها وقد قال له ثم خل بينه وبين الناس
وفي حديث الترمذي ثم خل بينها وبين المساكين فان اكل منه وهو
غني ضمن ما اكله للفقرا وقال ابن القاسم ارى في المنذر ان يطعم
المساكين قد ربما اكل وقال مالك عليه البدل كله اذا اكل منه شيا
قال ابن حزم في المحلى قول مالك ان من اكل لقمة من الهدي يضمن
الهدي كله لاشك فيه لان الله تعالى يقول وجزا سيئة سيئة مثلها
ومن المحال الباطل ان ياكل لقمة فيغرم عنها ناقة وهو محد وان لاث
لاشك فيه وقال ابو حنيفة والشافعي واحمد وداود يغرم ما اكله
قال ابو محمد علي ابن حزم يخلي بينه وبين الناس فان قسمه بينهم ضمن
ما قسمه وكذا ان امر باكله وان قال شا كل به فلا باس وهذا فاسد
بلا شك قال فاذا بلغ محله ففرض عليه ان ياكل منه ولابد ويتصدق
منه ولابد فان كان واجبا فعطب فلينحره الى اخوه ثم ان شا اكل وان
شا اهدى وان شا تقوى به في ثمن اخر وان بلغ محله فلا ياكل منه
شيا وعندنا وعند الجمهور لا يجب عليه الاكل ويبادر التقرب بالاراقة
حتى لو ضاع اللحم بعدها او سرق لا يلزمه ضمانه وقد تقدم ذلك
غير مرة وفي الكرماني ان عطب في التطوع فليس عليه غيره فان اكل او
تصدق به على غني ضمنه وقال الشافعي ياكل منه ويطعم الاغنيا
والفقرا لانه ملكه وفي الواجب يقيم غيره مقامه وكذا ان اصابه عيب

كثير لانه خرج عن صلاحية القربة ويمنع بالمعيب ماشا الا انه ملكه
قال ولا يجوز اكل هدى الجنايات والكفارات والنذور وهدي الاحصار
وقد ذكرنا ذلك وفي الاشراف والمغني من ساق هديا واجبا فعطب
دون محله صنع به ماشا وعليه غيره مكانه وان سرق بعد ذبحه
اجزا عنه وبه قال الثوري وابن حنبل وابن القاسم وقال الشافعي
عليه الاعادة وان تعيب ما عينه لم يجزيه وعليه غيره فيمنع بالاول
ماشا وبه قال الشافعي وابن حنبل وابو ثور واسحق وهو قول
عطا وعن احمد انه يذبحهما ٥ وفي المدونة كل هدي دخله عيب بعد
التقليد يجوز وبالتقليد يخرج عن ملكه ولهذا لا يجوز بيعه عنه
قلنا لو زال ملكه لما اجزاه نحره فصار كالزكاة وعند الشافعي يملكه
الفقرا بالنذر وقلنا لو ملكوه لضمنه لهم بالذبح كالو ذبح شاتهم وليت
شعري اي فقير يملكه منهم او يملكه جميعهم وهو محال ولو نذر اعتاق
عبد بعينه لا يزول ملكه وفي المنذور المعين اذا تعيب يجزيه عنده
لانه لم يلتزم غيره ويجوز بيعه بعد تعيينه وبه قال احمد وقال ابو
يوسف ومالك والشافعي لا يجوز وهو اختيار ابي الخطاب وقد مر غير
مرة وانما يصبغ النعل المعلقة على الهدي في عنقه في دمه ثم يضرب
به صفحته ليعرف الفقرا انها ذكية وليست بميتة فياخذوه
لياكلوه واجود منه ليعرف انه صدقة فياكله الفقرا دون الاغنيا
وروى البيهقي عن ابي قتادة عن النبي عليه السلام انه قال من اهدى
هديا تطوعا فعطب فلا ياكل منه فان اكل منه فعليه بدله وان كان
واجبا فليا كل ان شا فانه لا بد من قضايه وهو منقطع وعن ابن عمر
رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اهدى بدنة
تطوعا فعطب فليس عليه بدل وان كانت نذرا فعليه البدل رواه
البيهقي في السنن الكبير له وتمامه في فوايده وفي المحلى عن ابن مسعود
رضي الله عنه في التطوع اذا عطب ان شيت فكل واطعم وليس عليك بدل
ومثله عن عايشة وهو قول نافع وسعيد بن جبير **قوله** ولا يجوز ذبح
هدي التطوع والمتعة والقران الا يوم النحر ويجوز ذبح هدي
التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل هو الصحيح وينبغي
ان يكون ذبحه قبل يوم النحر افضل لمسارعته الى الصدقة وتعجيلا

لحم

للحم الفقرا والمساكين ولقلة اللحم قبل يوم النحر وكثرته فيه وقد ذكرنا
المسله في اخر باب القران فلا نعيدها ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي
وقت شا تقدم وما فيه من الخلاف ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله
لقوله تعالى في جزا الصيد هديا بالغ الكعبة والمراد بها الحرم وقد
ذكرنا ذلك وفي حديث جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال وقفت هاهنا بعرفة وعرفة كلها موقف وكل مزدلفة موقف
وكل منى منحر وكل فجاج مكة طريق ومنحر خرجه البيهقي في السنن
الكبير وقد تقدم ما استثناه عليه السلام من عرفة والمزدلفة وفي
خزانة الاكمل لو ذبح هدي النذر بمكة وتصدق بلحمه جاز ولو تصدق
به حيا لا يجوز فان سرق لحمه فعليه بدله وكذا في جزا الصيد وفي دم
المتعة والقران لا يجب بدله ٥ وفي المبسوط كل من وجب عليه الدما
اتحد جنس الواجب او اختلف كذا الكفارات وغيرها واتحاد الجنس
احب ٥ وقال زفر ان اختلف الجنس لا يجوز ٥ وقال الشافعي وابن حنبل
يجوز في الكل وان قصد بعضهم لحما ولم يقصد قربة هذا في
الابل والبقر وجوز سعيد بن المسيب واسحق بن راهويه الجزور
عن عشرة وقال مالك لا يشترط في هدي التطوع ولا في واجب ولا في
نذر ولا في جزا صيد ولا فدية واهل البيت والاجانب فيه سوا
تعلقوا بقول ابن عباس ما كنت ارى دما يقتضي عن اكثر من واحد وقاس على
الشاة ومذهبنا قول ابن عمر وجابر وانس وابن عباس وعطا وعمرو
بن دينار والاوزاعي والثوري وغيرهم ذكر ذلك ابن المنذر وقد ذكرنا
احاديث ثابتة صحيحة تدل على ذلك عن جابر وغيره وقد ذبح رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن زوجاته بقرة رواه ابو داود وقال القاضي
عياض انما لكل معناه عن كل واحدة منهن بقرة وهو باطل لوجهين
احدهما ان ابا داود والنساي روياه انه عليه السلام ذبح عمن اعتمر
من نسايه بقرة بينهن ولكن قارنات والثاني ان ما ذكره يقتضي ان يكون
ذبح عنهن بقرات ولم ينقل ذلك واما الرد على الشافعي وابن حنبل فان
المشارك فيه اذا كان ذميا او من لا يريد القربة بنصيبه لم يكن بعضه
قربة والعبادة هي النحر فلا يجوز ان يكون بعضه غير عبادة فاذا بطل
بعضه بطل كله لاجتماع المنافي للقربة والمثبت لها كذا ذبيحة المسلم

والمجوسي فان اشترى بدنة لمتعته ثم اشترك معه ستة بعد ما اوجبها
لنفسه خاصة لم يجز فان فعل يتصدق بالثمن ولو ضل هديه
فاشترى مكانه غيره وقلده واوجبه ثم وجد الاول فنحرهما
افضل فان نحر الاول وباع الثاني جاز لان الثاني خلف عنه وان ذبح
الثاني وقيمته مثل الاول او اكثر جاز فان كانت اقل يضمن نقصه
وهدي المتعة والتطوع فيه سوا قال ابن المنذر في الاشراق عن
عمر وابنه وابن عباس انه ينحرهما وفعلت ذلك عايشه وبه قال
مالك والشافعي ومذهبنا قول الثوري وابي ثور وقال البصري
في الواجب كقولنا وفي التطوع ينحرهما جميعا وهو قول عطا ولو غلط
كل واحد فنحر هدي غيره اجزاه وبه قال مالك والشافعي وكذا
في الاضحية على ما ياتي ان شا الله ولم يجوزه مالك في الاضحيه ذكره في
الذخيره وفي شرح النواوي اذا بلغ الهدي المعين محله فذبحه
غيره بغير اذنه وقع موقعه ويضمن نقصه وحكى الخراسانيون
قولا انه لا يلزمه ارش كما لو ذبحه باذنه وبغير اذنه وقال محمد بن
جرير في التقدم له ان يجعله للذابح ويغرمه قيمته ومنه ترى
الاضحية المعينه في وقت التضحية فياخذ اللحم على المشهور فيفرقه
ويتصدق به على فقرا مكة وغيرهم وفقرا مكة افضل وقد ذكرناه
فيما تقدم وخلاف الشافعي ولا يجب التعريف بالهدايا وهو اخراجها
الى عرفات ذكره في طلبة الطلبه وقيل ان يعرفها بعلامة وهو
التقليد الثاني غير واجب اجماعا واختلفوا في الاول قال ابن المنذر
كان ابن عمر لا يرى الهدي الا ما عرف به فيوقف بعرفة مع الناس
قال سعيد بن جبير لا يصلح ما لم يعرف من البدن والبقر وقال
مالك احب للقارن ان يوقف هديه من حيث يحرم وان ابتاعه دون
ذلك مما يلي مكه بعد ان يقف بعرفه وفي المدونه ان اشتراه في الحرم
اخرجه الى الحل وان اشتراه من الحل ادخله الحرم وهو الذي يوقف
بعرفه ولا يجزي ايقاف غير ربه فان ارسله من وقف به فمحله منى
واسقطت طايفه ايجاب الوقوف بالهدي بالوقت وقالت عايشه
رضي الله عنها وعن ابيها ان شيت تعرف وان شيت فلا تعرف عنها
انها قالت عرفوا بالهدي فقالوا لا نستطيع فقالت فاعقلوا بمني

رواه

٧١

رواه سعيد بن منصور وعن ابن عباس ان شيت ان تعرف بالهدي فعرف
وان شيت ان لا تعرف به انما اخذت الناس التعريف مخافة السرق
وعن عطا وطاوس لا يضرك ان تعرف وهو موقت بايام النحر خلاف
دما الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر وسببها الجناية
فيليق بها الستر **فرع** قال لله علي بدنة فعليه جزور او بقرة
فان نوى ذبحها بمكه يلزمه ذلك وان لم يكن له نية نحر ذلك حيث شا
في قولهما ولا يجزيه الا بمكة عند ابي يوسف كما لو قال هدي ولهما
الاطلاق بخلاف الهدي فانه اسم لما يبعث الى مكة في العرف فصار
كما لو قال لله علي جزور **فرع** قال لله علي ان اهدي ثوبي هذا
يجوز فيه القيمة وكذا لو جعل شاة من غنمه هديا اجزاته العينه
وفي المحيط في رواية ابي سليمان وفي رواية ابي حفص اجزاه مثلها
وهو يويد ما ذكر في الجامع وقيل في المسلة روايتان وفي روايه
فمقتضى ما ذكرها يجوز القيمة هناك وفي المحيط رواية الجامع
رواية ابن سماعة ولو قال لله علي ان اهدي شاه فاهدى جزورا
جاز لانه قايم مقام سبع شياة ذكره في المبسوط قلت ولم يذكر
ما اذا قال لله علي شاه فاهدى سبع بدنه او قال لله علي سبع بدنه
فاهدى شاه الا انه قال اذا ادى مثل ما عينه في نذره او افضل
منه اجزاه **قوله** والافضل في الابل النحر وفي الابل والبقر
الذبح قيل معناه انحر الجزور ولهذا يسمى يوم الاضحى يوم النحر
لنحر الابل وقد تقدم امره عليه السلام بالنحر في قوله انا اعطيناك
فانحره ولا نحره استهل الخروج الدم وقال الله تعالى ان الله يامركم
ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وهو ما اعد
للذبح وعلى ذلك الاجماع وكذا الماثور عن النبي عليه السلام
وياتي هذا في كتاب الاضحيه ان شا الله تعالى والافضل ان تنحرها قياما
لانه عليه السلام نحر سبع بدنات قياما روى البخاري في حديث
جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه كانوا ينحرون
البدنه معقولة اليد اليسرى قايمة على ما بقي من قوايمها
وعن زياد بن جبير قال كنت مع عمر بن الخطاب بمنى فمر رجل ينحر
بدنة وهي باركة فقال ابعثها قياما مقيدة سنة محمد رواه البخاري

ومسلم وابو داود والنسائي وعن عطا انه استحب نحرها باركة معقولة
وهو شاذ ولا يذبح البقر والغنم قياما لانه خلاف السنة ولان
الذبح في الاضطجاع ايسر فيكون المذبح فيه ايسر واستحب الجمهور
استقبال القبلة بها وكان ابن عمر وابن سيرين يكرهان ان يوكل ما
لم يستقبل به القبلة والاولى ان يتولى ذبح هديه بنفسه وبه قال
الشافعي وابو ثور وابن حنبل وكره مالك ان يتولى ذلك غيره قال ابن
المنذر وكان ابو موسى الاشعري يامر بناته ان يذبحن اضاحيهن
بايديهن وفي امره عليه السلام عليا ان ينحر بعض هداياه دليل
على اباحة ذلك فكان ذلك مجمعا به ويجوز ان يستنيب كتابيا في ذلك
وهو قول علي وجابر بن عبد الله وابن عباس وابن سيرين والبصري
والشعبي والشافعي وابي ثور مع الكراهة واختاره ابن المنذر وقال
مالك لا يجزيه في الضحايا وعليه بدلها لانه قربة والاولى فعل
القربات بنفسه وان كان يحسن الذبح ويتصدق بجلالها وخطامها
ولا يعطي اجرة الجزار منها وعن ابن عمر كان يحلل الهدي ويتصدق
بذلك رواه البخاري وعن علي رضي الله عنه قال امرني رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان اقوم على بدنه وان اتصدق بلحمها وجلودها
وجلالها وان لا اعطي اجرة الجزار منها شيا قال نحن نعطيه من عندنا
اخرجه مسلم وابو داود وابن ماجة وعن ابن عمر انه كان يخبر المسا
كين فيقول ان شيتم اعطيت الجزار من سقطها واكراعها واعطيتكم
ثمنه وان شيتم اعطيتكم سقطها واكراعها واعطيت الجزار دراهم
ويجوز ان يتصدق على الجزار منها سوى اجرته عند الاكثر وان
اعطاه شيا منها اجرته ضمنه لانه اتلاف او معاوضة قوله
ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لم
يركبها فالحاصل ان المحتاج الى الركوب يركبها وبه قال الشافعي
وابن المنذر وقال عروة ومالك واحمد واسحق وداود يركبها
من غير ضرورة وقال الماوردي من الشافعية يركبها من غير حاجة
الا ان يهزلها الركوب وعلى هذا احملها عند الحاجة واوجب
بعضهم ركوبها الحديث لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك في الثانية

او الثالثة رواه البخاري ومسلم وابو داود والنسائي وعن انس ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها
قال انها بدنة ثلثا متفق عليه وثنا ويله انه كان اعياه المشي
ويحتاجها الى الركوب ويدل عليه رواية انس ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم راى رجلا يسوق بدنة قد اجهده المشي فقال اركبها
قال انها بدنة رواه النسائي وعنه عليه السلام اركبها بالمعروف
اذا الجيت اليها حتى تجد ظهرا رواه مسلم واحمد ولانه حصل
ذلك خالصا لوجه الله تعالى فلا ينتفع باجزايها او بمنافعها من
غير ضرورة قبل ان يبلغ محله فان ركبها فانتقص بركوبه فعليه
ضمان ما نقص وبه قال الشافعي ويتصدق بها على الفقرا لان
انتفاع الاغنيا بها معلق ببلوغها المحل فاذا لم يبلغ وجب التصدق
بها على الفقرا لان القربة بالاراقة قد فاتت وان كان لها لبن لم
يحلبها وينضح ضرعها بالما البارد حتى ينقطع لبنها ان كان قريبا
من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر
ذلك بها لطول المدة وان صرفه الى حاجته او الى غني تصدق بمثله
او بقيمته لانه مضمون عليه فصار كنتاجها وبه قال مالك لكن لا
يضمنه لكان الاختلاف ذكره في الذخيرة وجوز شرب لبنها الشا
فعي وابن حنبل بعد كفاية فصيلها و في شرح النواوي لبن الهدي
المنذور يجوز شربه عند الشافعي مع انه قد زال ملكه للفقرا
ولا يجوز بيعه بلا خلاف عندهم وقال المتولي ان لم يجز اكل لحمه لم يجز
شربه لبنه وفي الامام روى ابن ابي العوام الحافظ في فضايل ابي
حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال اذا در لبن البدنة فانضحه بالما
البارد حتى يتقلص وان جز وبرها او صوفها تصدق به او بقيمته
ان استهلكه وفي المبسوط يتصدق بولد الهدي ويذبحه معها
فان باعه تصدق بثمنه ويسري حكم الهدي الى اولادها وعليه
الايمة وقال اشهب من المالكية ان باع ولد الهدي فعليه بدله
كبيرا وقال ابن القاسم ان نحره في الطريق ابدله ببعير في نتاج البدنة
لا ببقرة وشاة وهذين القولين لا يحتاج الى بيان ومن ساق هديا فعطب
فان كان تطوعا ليس عليه غيره لان القربة تعلقت بعينه وقد فات

وينبغي ان يكون المنذور والمعين مثله وهو قول الشافعي لفواته بحله بغير تفريط وان كان واجبا فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب في الذمة وان اصابه عيب كثير يقيم غيره مقامه وصنع بالمعيب ما اراد ولم ياكل هو ولا غيره من الاغنيا وقد تقدم فيه حديث ناجيه المذكور قبل هذا والكلام عليه فلا نعيده وقال النواوي لو نذر هديا معينا فعطب لا يلزمه ابداله وهو قول عبد الله بن الزبير وعطا والبصري والنخعي والزهري والشافعي ومالك واسحق قال وقال ابو حنيفة يلزمه ابداله ولا يجوز للمهدي ولا للسابقه ولا للغني ان ياكل من هذا الهدي ويجوز للفقرا من غير الرفقه وفي الفقرا الرفقه وجهان اصحهما لا يجوز ويترك جزر السباع ويمنع الفقرا الحاضرون المحتاجون اليه من الرفقه لاجل من عسى ان ياتي من الفقرا بعد ايام وقد لا ياتون والظاهر امتناعهم من اكله ان الواتنه وفساده بعد ايام لا سيما في اوقات الحر الشديد وقد اكل من ذلك السباع والوحش والحيات والافاعي وانما نهى عليه السلام السابق ورفقته من الكلهم لغناهم ولهذا انص على عكسه للمساكين في حديث الترمذي وفي احد قولي الشافعي يتوقف على اكله للفقرا الذين ياتون بعدهم على قوله الجند للفقرا والمساكين او جعلته لهما وسكنته لهم وفي التطوع لا بد من ذلك وفي نحو غير من سمعه قولان في الاملا لا يحل وفي الام والقديم يحل وهو الاصح وقولهم صار واجبا ان للعدو اذا اقتتلوا ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران وفي المحيط والنذر لانه دم نسك وعبادة وفي اظهاره الشعاير واشهار فيليق ذلك بالنسك مع موافقة السنة ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سبب ذلك الجناية ولا يناسب الاشهار ودم الاحصار يلحق بها لكونه جابرا وقد ذكرنا وفي المبسوط ولو فعل ذلك لا يضر والتقليد وتعليق القلادة على الهدي والمراد بالهدي الجزور والبقرة دون الغنم وهو قول مالك وفيه خلاف الشافعي واحمد وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم وقوله لعدم قصد التقليد لانه غير معتاد في الشام فلا يعرف انه هدي حتى يمتنع من اكله الاغنيا ثم ان بعث بالهدي يقلده من بلده وان كان معه فمن حيث يحرم وسوا

فايدة

احرم

احرم من الميقات او من غيره وهو السنة وهكذا ذكر النواوي عن الشافعي

مسايل منثورة

قوله اهل عرفه اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انه يوم النحر اجزاهم في الاستحسان وبه قال عطا والحسن البصري ومالك وابن حنبل وقال النواوي في شرح المهذب اتفقوا على انهم اذا غلطوا فوقفوا في العاشر من ذي الحجة وهم جمع كثير على العادة اجزاهم فان جاءت طايفة يسيرة يوم النحر فظنت انه يوم عرفة فوقفت وكان الناس قد اقاموا ففيه وجهان اصحهما انه لا يجزيهم وفي القياس يجزيهم كيف ما كانوا قال ابو ثور والنظر يدل انه لا يجزيهم وهو قول ابن الصفار ولو وقفوا في الثامن لان الوقوف ركن مختص بزمان ومكان فلا يجوز في غير زمانه كما لا يجوز في غير مكانه حتى لو وقف في جبل اخر وجبل اخر بالظن لا يجزيه بالاجماع فلما لم يكن الوقوف قربة وعبادة في غير ذلك المكان لم يكن قربة في غير ذلك الزمان ولهذا لو وقفوا يوم التروية وهو الثامن من ذي الحجة لا يجزيهم عندنا بلا خلاف وان لم يعلموا بذلك الا يوم النحر ه وفي المبسوط لانه موقت بوقت فلا يجوز بعده كما لا يجوز قبله فصار كالجمعة وان وقفوا في الثامن لا يجزيهم وبه قال مالك وهو الاصح من مذهب الشافعي والاصح من مذهب احمد انه يجزيهم وان غلطوا بيومين فوقفوا في السابع او الحادي عشر لا يجزيهم بالاجماع لتفريطهم اذ لا يتفقوا بالاشتباه بيومين ولو علموا بالحال قبل الزوال في يوم النحر فوقفوا عالمين بالحال قال البغوي من الشافعية المذهب انه لا يجزيهم لانهم وقفوا مع العلم بالخطا ولو علموا في حال الوقوف يجزيهم هذا قول البغوي وانكر عليه الرافعي وقال هذا غير مسلم فان عامة الاصحاب قالوا لو قامت بينة برؤية الهلال ليلة العاشر وهم بمكة بحيث لا يمكنهم الوقوف في الليل وقفوا من الغد حسب لهم الوقوف قال النواوي هذا هو الصحيح ولو شهد واحد او جماعة برؤية الهلال من ذي الحجة فردت شهادتهم لزم الشهود الوقوف في اليوم التاسع عندهم والناس يقفون العاشر بعده فلو اقتصروا على الوقوف مع الناس لم يصح وقوفهم ه وفي المنتقى روي عن عمر وابن ابي عمرو عن محمد اذا اقبل الحاج

يريدون مكة فرأى بعضهم هلال ذي الحجة فرد الامام شهادته وعند الامام ذي القعدة ثلاثين يوما ووقف اليوم التاسع من ذي الحجة بعرفة وهو العاشر عند الشهود ووقف الشهود لحجهم تام وهم وغيرهم في الحج سوا وان وقف الشهود على ما راو وقبل وقوف الامام ولم يقفوا مع الامام من الغد فقد فاتهم الحج وان وقفوا بعد ظهور الخطا لا يجزيهم عندنا وهو قول مالك وقالت الشافعية يجزيهم وهو خطا لا يتيقن الخطا عند المباشر كالخطا في القبلة قبل التيقن وبعده واستدلت الشافعية على جواز التقديم بحديث ابي بكر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم بعثه فوقف في ذي القعدة مع علي رضي الله عنه فاذا جاز قبله بشهر فبيوم اولى وبه قال ابن القاسم وسحنون والقاضي الباقلاني من المالكية وقياسهم باطل باليوم السابع من ذي الحجة ووجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم ولا يقبل قال صاحب الحواشي على الجموع كيلا يلزم النقض بما لو شهدوا انه طلقها ثلاثا ولم يستثن او قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى قال لان هذه الشهادة وان قامت على النفي فيما يدخل تحت الحكم فلا يرد نقضا قال وتاثيره ان الشهادة انما تصير حجة بالقضا فان لم يدخل تحت القضا لا يكون حجة ويكون القضا وغيره فيه سوا بما لا يدخل تحت القضا لانه من باب العبادات يفتى به ولا يحكم به كالنذور والكفارات ولا يلزمه النقض لان الذي شهد انه طلق ولم يستثن او اعتق ولم يستثن شهد من جهة المعتبر بوقوع الطلاق والعتق لان هذا النفي اثبات في المعنى والمعنى هو المعتبر ولو شهد انه طلق واستثنى او اعتق واستثنى يرجح النفي فيه على الاثبات كان المثبت شهد انه لم يطلق ولم يعتق وكذا الذي شهد انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى شهد بردته واباحة دمه وذلك اثبات والذي شهد انه وصل بقول النصارى لم يشهد بذلك ولان التدارك فيه غير ممكن فليس فيه الا ايقاع الفتنة فلا يسمع الامام شهادتهم ويقول قد تم حجكم انصرفوا وفيما نحن فيه للاستحسان وجهان احدهما ان هذه الشهادة قامت على نفي صحة الوقوف فلا يقبل

والثاني

والثاني انها مقبولة وحجهم تام لقوله عليه السلام صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وعرفتكم يوم تعرفون واضحاكم يوم تضحون اراد ان وقت الوقوف هو يوم عرفة عندكم وقد اتفقوا في ذلك اليوم وان يوم عرفة هو اليوم الذي تعرف عامة الناس وان اخطاوا في حقيقة يوم عرفة بخلاف الثامن منه لانه دعا زال الاشتباه بعده ولانه لا جواز للعبادة قبل وقتها كما في الصوم والصلاة ويجوز بعد وقتها بالواو ونظيره الاسير في دار الحرب في حق صوم رمضان ان اخر عنه جاز وان تقدمه عليه بالتحري لا يجوز وكذا روي عن محمد في الصلاة يوم الغيم قلت في هذا اشكال والفرق بينه وبين الصوم والظاهر ظاهر وهو ان الوقت فيهما هو السبب لوجوبهما فلا يجوز تقديم الحكم على سببه وفي الحج السبب هو البيت وهو موجود فلم يكن في تقديمه قبل وجود سببه فينبغي ان يجوز فعله في يوم التروية لتقديم الزكاة على الحول بعد ملك النصاب فان قيل ان افعال الحج غير معقولة المعنى فيتقيد بالوقت الذي فعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالجواب عنه من وجهين احدهما ان هذا باطل بطواف الزيارة فانه يجوز بعد الوقت الذي طاف فيه عليه السلام والثاني منتقض بالوقوف يوم النحر وفي المبسوط ان شهدوا عشية يوم عرفة ليلة النحر ويمكنهم الخروج الى عرفات قبل طلوع الفجر وادراك الوقوف قبل شهادتهم وامرهم بالخروج ليقفوا في وقت الوقوف وان لم يمكنهم ذلك لا يسمع شهادتهم ويقف الناس في اليوم الثاني ويجزيهم وفي الذخيرة لا ينبغي ان يقبل فيه شهادة الواحد والاثنين في الاستحسان وفي القياس تقبل شهادة العدلين واما الذي تقبل فيه شهادة العدلين قياسا واستحسانا اذا كان القوم يقدرون على الوقوف على ما امروا به قال معناه ان الشهود اذا شهدوا في زمان لا يمكنهم الوقوف بعرفة نهارا ويحتاجون الى الوقوف بها ليلا لا تقبل فيه شهادة العدلين وفي الرقيات قال ابن سماعة لمحمد ارايت ان اتاهم الخبر اليقين وهم بمنى ليلة النحر في وقت ان ارادوا اتيان عرفة اصبحوا دونها او يلحق المسرع عرفة دون المشاة واصحاب الثقل الا بعد الفجر

قال محمد لا ينبغي للامام ان يقبل البينة وان كان الامام ومن اسرع يدرك
الوقوف ٥ وفي المحيط لو شهدوا عند الامام عشية عرفة برؤية
الهلال فان امكنه الوقوف في بقية الليل مع عامة الناس او اكثرهم
وقف وان لم يمكنهم لا يقبل تلك الشهادة ووقف من الغد وكذا لو
شهدوا يوم عرفة انه يوم الاضحى لم يقبل ٥ وفي البدايع هل يجوز
هل يجوز وقوف الشهود روى هشام عن محمد انه يجوز وقوفهم
وحجهم ايضا وعن محمد اذا شهد عند الامام شاهدان عشية لم
يوم عرفة بالرؤية فان كان الامام لم يمكنه الوقوف في بقية الليل
مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة ووقف من الغد بعد
الزوال وان كان يمكنه الوقوف قبل طلوع الفجر مع اكثر الناس
ولكن لا يدركه ضعفة الناس يقف حتى لو تركه فاته الحج قال محمد لو
شهد شاهدان نفذت شهادتهما لعدم العلة بالسماء فوقف
بشهادتهما قوم قبل الامام لم يجزء وقوفهم لان الامام اخر الوقوف
بسبب يجوز العمل عليه فصار كما لو اخره للاشتباه ٥ وفي الذخيرة
اذا جاء الامام امر مكشوف وهو يقدر على الذهاب الى عرفة ومن
اسرع معه في المشي فليذهب هو وليقف ولم يقف معه فاته الحج
والحاصل ان في ذلك موضع لو قبلت الشهادة لفات الحج على البعض
دون البعض قبلت الشهادة ولو ظهر الخطأ في صلاة العيد بان
انهم صلوا بعد الزوال والضحى عن ابي حنيفة ثلاث روايات ذكر البلخي
عنه انهم لا يخرجون من الغد اما في الفطر فلفوات وقتها واما في
الاضحى فلفوات السنة وذكر محمد انهم يخرجون اما في الفطر فلمكان
العذر واما في الاضحى فلبقاء الوقت وفي رواية يخرجون في الاضحى
دون الفطر فلو لم يخرجوا فالصحيح انه يجزيهم للعذر ذكره قاضيخان
قوله ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم
جمرة العقبة ولم يرم الاولى وهي التي تلي مسجد الخيف فان رمى
الاولى ثم اعاد الوسطى والثالثة يحسن لمراعاة الترتيب المسنون
وهو قول عطاء والحسن البصري والترتيب عند الائمة الثلاثة شرط
وليس لهم دليل على ذلك الا فعله عليه السلام وقاسوا على السعي فانه
مرتب على الطواف وعلى البداءة بالصفا ولنا ان كل جمرة عبادة

مقصودة

مقصودة بنفسها فلا يتعلق جوازها بفعل غيرها ولا بتقديمه عليها
كما لو ترك وظيفة اليوم بكمالها ورمى ما بعدها ويدل عليه قوله
عليه السلام افعل ولا حرج وفعله عليه السلام دليل السنة والاستحباب
ولا يدل على الفرضية والشرط ولهذا اجوز ابن حنبل وغيره ترك
حصاة وحصاتين من السبعة والسعي مانع للطواف والبداءة
بالصفا عرفت بالنص لا بفعله عليه السلام وان رمى الاولى وحدها
جاز وقد ترك الترتيب وهو سنة وانما يرتبها في ايام الرمي لا بعد
خروجها وهو نظير ترك الطواف على الحطيم عندنا فان اعاد الطواف
كله يحسن فان اقتصر على اعادته في الحطيم جاز لانه اتى بالمتروك ومن
جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة
وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي قال قاضيخان والصحيح ما ذكر
هنا لانه التزم الحج بصفة الكمال لان المشي اشق على البدن فصار
كما لو نذر ان يصوم متتابعا وروي عن ابي حنيفة انه كره المشي
في طريق الحج فيكون الركوب افضل واتم ولهذا لو اوصى ان يحج عنه لا
يجزيه الحج ماشيا ٥ وفي العيون وعمدة المفتي المامور بالحج اذا
حج ماشيا فالحج له ويضمن النفقة لان الحج المعروف بالزاد والراحلة
فانصرفت الوصية اليه والحج راكبا افضل من الحج ماشيا وفي الحواشي
وهذا اشارة الى وجوب المشي فان قيل كيف يجب المشي بالنذر
والالتزام وشرطه ان يكون من جنسه واجبا لله تعالى مقصودا
فاجاب ان المشي واجب على الفقير الذي لا يملك الراحلة وهو
يستطيع المشي الى عرفات وبطواف الافاضة ينتهي الاحرام ويحل
له النساء وطواف الصدر للتوديع وليس باصل فيما تقدم ولقد
ورد آثار بفضل المشي في طريق الحج وانما كره ابو حنيفة للجمع بين
المشي والصوم لانه اذا فعل ذلك فيسوء خلقه فيجادل رفقته
ويحتاج الى الاستعانة بغيره ويعجز عن اعانة رفقائه فان لم يكن
ذلك فالمشي افضل ثم لم يذكر في الكتاب من اي موضع يلزمه المشي
فمن اصحابنا من يقول يمشي من الميقات لانه يحرم منه والاصح انه
يمشي من بيته لانه هو المراد في العرف قاله قاضيخان وفي الكتاب
لان الظاهر انه هو المراد وفي المبسوط وهو الصحيح وان احرم من

بيته فلا اشكال انه يمشي من بيته وان ركب في الاقل فعليه بقدر
من قيمة الشاة الوسط وقال الفقيه ابو جعفر الهندواني انما يطلق
له الركوب اذا كانت المسافة بعيدة بحيث لا يبلغ الا بمشقة عظيمة
واما اذا كانت المسافة قريبة فلا يجوز له الركوب وفي الكتاب قالوا
انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد
المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب قلت هذا لا يمنع جواز الركوب وقد
قال ابو جعفر لا يجوز له الركوب وفي البخاري عن انس انه عليه السلام
راى شيخا يهادى بين اثنين قال ما باله قالوا نذر ان يمشي قال ان الله
عن تعذيب هذا نفسه لغني وامره ان يركب وعن مالك يلزمه المشي
فان ركب كثيرا يبتدئ المشي فيمشي ما ركب فان ركب اقل من يوم وليلة يجزيه
الفدية قال الشافعي يلزمه المشي بالنذر وفي حديث عقبة بن عامر
وليركب هكذا في شرح البخاري وهو قول علي وابن عمر والحسن ذكره ابن
بطال **قوله** ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري
ان يحللها ويجامعها وفي بعض النسخ او يجامعها فالاول يدل على انه
يحللها بغير جماع بقص شعر او بقلم ظفر ونحو ذلك ثم يجامعها والثاني
انه يجامعها والتحليل يحصل بمقدمات الجماع كالمس بشهوة والتقبيل
والاولى ان يحللها بغير جماع ثم يجامعها تعظيما لامر الحج قال زفر ليس له
ان يحللها لان احرامها عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما لا يتمكن
من فسخ نكاحها ولنا ان المشتري قام مقام البائع وقد كان له فسخه
بعد اذنه فكذا المشتري بل لان البائع كان قد اسقط حقه بالاذن
لها في الاحرام ولم يوجد ذلك من المشتري الا انه يكره للبائع لما فيه
من خلف الوعد ولا كراهة للمشتري لعدم الوعد منه وتركه اولى
بخلاف النكاح بانه عقد لازم لا يجوز للبائع فسخه فكذا
المشتري وقد استوفينا الكلام على هذه المسئلة بفروعها في باب
الاحصار فلا نعيدها هاهنا **ذكر** لواحق لم تذكر في الكتاب اللاحقة
الاولى لا باس باخراج حجارة الحرم وترابه الى الحل عندنا وقال الشافعي
لا يجوز اخراجها وكذا قال المحاملي في كتابيه المجموع والتجريد وتابعه
صاحب البيان وقال ابو حامد والبندنيجي والقاضي حسين والبغوي
والرافعي يكره وكذا ادخال تراب الحل الى الحرم قال البيهقي عن الشافعي

فيما

فيما بلغه عن ابن عمر وابن عباس انهما كرها اخراجهما وهو قول ابن حنبل
في اخراجهما وادخالهما واجمعوا على اباحة اخراج ماء زمزم لنا العادة
الظاهرة الجارية فيما بين الناس من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
باخراج القدور والكيزان والبرام والاباريق ونحوها من الحرم من غير
نكير فهو كالاجماع والعادة احدى الحجج ولان الانتفاع بهما يجوز في الحرم
وما ابيح الانتفاع به في الحرم يباح اخراجه كماء زمزم والحنطة والشعير
وساير الاقوات ولان الشافعي جوز بيع رباع مكة وهي مركبة من التراب
والحجارة ومن ملك شيئا جاز له نقله ثم قال المحاملي وغيره فان اخرجهما
فلا ضمان عليه وقال الماوردي ان اخرجهما فعليه اعادتهما الى الحرم
واما الاثر فقد قال ابن وعنهما في الصحيح قلت هو من رواية محمد بن
اسحق فلا احتجاج بالبلاغات بجهالة المخبر ويجوز اخراج ماء زمزم لما في
حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسل الى سهيل بن عمرو
وهو بالمدينة ان اهد لنا من ماء زمزم فبعث اليه بمزادتين وعن
عايشة رضي الله عنها كانت تحمل ماء زمزم وتخبر ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم كان يفعله رواه الترمذي وقال حديث حسن ورواه الحاكم
في المستدرك وقال صحيح الاسناد وكان عليه السلام يصب ماء زمزم
على المرضى ويسقيهم وعن عايشة انها حملته في القوارير وعنه عليه
السلام انه حمله في الاداوي والقرب ذكره في الامام • واللاحقة الثانية
لا ناخذ شيئا من استار الكعبة وما سقط منها الى الفقراء ثم لا باس ان
نشتري منهم ذكره في خزانة الاكمل وقال صاحب التلخيص من الشافعية
لا يجوز بيع استار الكعبة ولا قطع شيء منها ولا نقله ومن حمل شيئا منها
لزمه رده وذكر ابن الصلاح ان الامر فيها الى الامام يصرفه الى بعض
مصارف بيت المال بيعا وعطا وذكر الازرقي ان عمر بن الخطاب كان
ينزع كل سنة كسوة البيت فيقسمها على الحاج قال النووي وهذا حسن
كيلا تتلف بطول الزمان وعن ابن عباس وعايشة وام سلمة يجعل ثمنها
في سبيل الله والمساكين ذكره ابو الوليد الازرقي في اخبار مكة • واللاحقة
الثالثة اعلم ان مكة شرفها الله تعالى افضل الارض وبه قال اصحابنا
وعلماء مكة والبصرة والشام وهو قول الشافعي واصح الروايتين عن ابن
حنبل واختاره ابن وهب وابن حبيب المالكيان قال ابن حزم في المحلى روي

القطع بفضل مكة على المدينة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جابر وابو
هريرة وابن عمر وابن الزبير وعبد الله بن عدي خمسة من الصحابة ثلاثة
مدنيون في غاية الصحة قال وهو قول جميع الصحابة قال مالك والجماعة
المدينة افضل من مكة هكذا ذكره النواوي وقال صاحب المقدمات
اجمع اهل العلم على فضلهما على غيرهما قال وعند عبد الوهاب وبعض
المالكية المدينة افضل من مكة والاول اظهر **قاعدة** التفضيل عشرون
شيا احدها بالذات كتفضيل الواجب على الممكن والعلم على الجهل ثانيها
بالصفة الحقيقية كتفضيل العالم على الجاهل ثالثها بطاعة الله تعالى
كتفضيل المومن على الكافر رابعها بكثرة الثواب الواقع في الفضل
كتفضيل خواص بني ادم على الملائكة وتفضيل ليلة القدر خامسها
لشرف الموصوف ككلام الله تعالى على كلام غيره من المخلوقين سا
دسها لشرف الصدور كتفضيل الفاظ القران والفاظ رسول
الله صلى الله عليه وسلم في حسن وصفهما وبطا نفلها سابعها لشرف
المدلول كتفضيل الاذكار الدالة على ذات الله وصفاته العليا واسمايه
الحسنى ثامنها لشرف الدلالة كشرف حروف القران الدالة
على الكلام النفساني تاسعها بالتعلق كتفضيل العلم على القدرة
والارادة لتعلق العلم على الحياة وان كانا صفتا كمال عاشرها بكثرة
التعلق كتفضيل العلم على القدرة والارادة كتعلق العلم بالواجب
والجائز والمستحيل اختصاصهما بالجائزات وكتفضيل الارادة على
كثنا ولها الايجاد والاعدام واختصاص القدرة بالايجاد وتفضيل
البصر على السمع لتعلقه بساير الموجودات واختصاص السمع بالاصوات
حادي عشرها الشرف المتعلق كتفضيل العلم المتعلق بذات الله وصفاته
على غيره من العلوم وتفضيل الفقه على الطب لتعلقه برسالة واحكا
مه ثاني عشرها بالمجاورة كتفضيل جلد المصحف على ساير الجلود فلا
يمس الا بوضوء وانشدوا من عاشر الاشراف عاشر مشرفا ومعاشر الارذال غير مشرف
او ما ترى الجلد الحقير مقبلا بالثغر لما صار جلد المصحف ثالث عشرها
بالحلول كتفضيل قبره عليه السلام على ساير البقاع رابع عشرها
بالاضافة فاكتسب المضاف الشرف من المضاف اليه كقوله تعالى اولئك
حزب الله ومثله بيت الله خامس عشرها بالانتساب كتفضيل ذريته

عليه

عليه السلام على ساير الذراري بعده ونسايه على ساير النسا سادس
عشرها بالثمرة وتعدي النفع كتفضيل العالم على العابد سابع
عشرها بكثرة الثمرة كتفضيل الفقه على الهندسة ثامن
عشرها بالتاثير كتفضيل الحيا على الحمق فانه يحثه ظاهرا على ترك
القبايح وكتفضيل الشجاعة على الجبن تاسع عشرها بجودة البنية
وجودة التركيب كتفضيل الجن في انفسهم والموفي عشرين بتفضيل
الله تعالى احد المتساويين على الاخر كفضل شاة الزكاة والاضحية
على شاة التطوع وصلاة الفرض على صلاة النفل وحج الفرض على حج
التطوع وقراءة القران والاذكار في الصلاة على مثلها خارج الصلوة
ولنقتصر على هذا القدر من الاسباب خشية الاطالة والاسهاب
ثم هذه الاسباب قد تتعارض فيكون الافضل من حاز اكثرها وافضلها
ويقع التفضيل بين المجموعات وقد يختص المفضول ببعض الصفات
ولا يقدح ذلك في التفضيل كقوله عليه السلام افضلكم علي واقراكم
ابي وافرضكم زيد واعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل مع فضل
الصديق على الجميع وكاختصاص بعض الانبيا بامور مع ان النبي عليه
السلام افضل من الكل وقيل ان الخطاب كان لجماعة علي فيهم وابي فيهم
ومعاذ فيهم فلا اشكال على هذا والدليل على ان مكة افضل بلاد الله
وافضل ارض الله من اربعين وجه وزيادة الوجه الاول ان مكة
يجب الحج اليها بالاجماع والعمرة على الخلاف ولا كذلك المدينة الوجه
الثاني بكثرة من طرقها من الانبيا والمرسلين وما من نبي الا حجها
ادم فمن دونه من الانبيا والاوليا والصالحين ولو كان لملك داران
فاوجب على عبيده ان ياتوا احدهما دون الاخرى ووعدهم على ذلك
بغفران سياتهم ورفع درجاتهم واسكانهم بقربه وجواره في افضل
داريه ثم رتب دوات ان اهتمامه بها اتم من اهتمامه بغيرها من دوره
وبيوته الوجه الثالث ان التقبيل والاستلام ضرب من الاحترام وهما
مختصان بالركنين اليمانيين ولم يوجد مثله في مسجد المدينة الوجه
الرابع اوجب الله تعالى علينا استقبالها في الصلاة حيث ما كنا من البلاد
وعلى اهل المدينة ولم يجوز لهم استقبال مسجد المدينة الوجه الخا
مس نهانا عن استقبال القبلة واستدبارها بالبول والغايط الوجه

السادس ان الله حرمها يوم خلق السموات والارض فلم تحل لاحد من المرسلين
والانبيا الا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فانه احلت له ساعة من
نهار على ما ثبت في الصحيح، الوجه السابع ان الله بواها لابراهيم الخليل
ولاسماعيل الذبيح وجعلها مولد السيد المرسلين، الوجه الثامن
جعلها حرما امنا في الجاهلية والاسلام، الوجه التاسع لا يدخلها
احد الا بحجة او عمرة عند اكثر اهل العلم، الوجه العاشر قال
عليه السلام من نظر الى الكعبة ايمانا واحتسابا غفر الله له ما
تقدم من ذنبه وما تاخر ذكره الكرماني، الوجه الحادي عشر
فضلت المدينة باقامته عليه السلام بها عشر سنين وقد
اقام بمكة ثلثا وخمسين سنة بمدة النبوة وغيرها، الوجه الثاني
عشر ان الكعبة اول بيت وضع للناس ومسجد النبي عليه
السلام وضع بعد الهجرة، الوجه الثالث عشر قال الله تعالى انما
المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا
الوجه الرابع عشر قد اشتملت مكة على اماكن تحط الذنوب
كالصفا والمروة ومنى والجمرات والمزدلفة وعرفات ولا يوجد
تلك الشعاير واماكنها بالمدينة، الوجه الخامس عشر عن ابن
عباس رضي الله عنهما عن النبي عليه السلام انه قال ينزل على هذا
البيت في كل يوم مائة وعشرون رحمة ستون للطائفين واربعون
للمصلين وعشرون للناظرين، الوجه السادس عشر حديث
عبد الله بن عدي بن الحمرا انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو واقف على راحلته بمكة يقول لمكة والله انك لخير ارض الله
واحب ارض الله الى الله ولولا اني اخرجت منك ما خرجت رواه
النسائي والترمذي في جامعه في كتاب المناقب وقال هذا حديث
حسن صحيح، الوجه السابع عشر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة
في مسجدي هذا افضل من الف صلاة فيما سواه من المساجد الا
المسجد الحرام وصلاة في المسجد الحرام افضل من مائة صلاة في مسجدي
رواه احمد بن حنبل قال النووي حديث حسن ورواه البيهقي باسناد
حسن، الوجه الثامن عشر عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لما عقر ثمود الناقة واخذتهم الصيحة لم يبق تحت

اديم

اديم السما منهم احد الا اهلكته الا رجلا واحدا كان في حرم الله فلما خرج
اصابه ما اصابهم فمنعه الحرم حتى خرج منه ومثل هذه الكرامة
لا توجد في غيره وحنه فقالوا من هو يا رسول الله قال ابو رغال
ابو ثقيف خرجه احمد وابو حاتم، الوجه التاسع عشر حبس
الله اصحاب الفيل الذين قصدوا اخراب الكعبة ثابت بالقران وقد
اهلكهم عن اخرهم لحرمة الكعبة ولا يوجد مثلها لغيرها، الوجه
الموفي عشرين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما استعمل عتاب بن
اسيد على مكة واليا وقاضيا قال يا عتاب اتدري على من استعملتك
استعملتك على اهل الله فاستوصوا بهم خيرا يقولها ثلثا خرجه ابو
الفرج في مثير العزم فدل على شرف البقعة واهلها، الوجه
الحادي والعشرون عن ابن مسعود رضي الله عنه قال وقف رسول
الله صلى الله عليه وسلم على ثنية المقبرة وليس فيها يومئذ مقبرة
فقال يبعث الله من هذه البقعة ومن هذا الحرم سبعين الفا يد
خلون الجنة بغير حساب يشفع كل واحد منهم في سبعين الفا
وجوههم كالقمر ليلة البدر فقال ابو بكر منهم يا رسول الله فقال
الغربا خرجه ابو حفص الملا في سيرته، الوجه الثاني والعشرون
عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال من قبر بمكة مسلما بعث امنا يوم
القيامة ذكره ابو الفرج ولا يعرف هذا الاسناد فهو كالمرفوع
الوجه الثالث والعشرون عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من ادرك شهر رمضان بمكة فصامه
وقام فيه ما تيسر له كتب له مائة الف شهر رمضان فيما سواه
الحديث خرجه ابن ماجة والحافظ ابو جعفر، الوجه الرابع والعشرون
قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة الحديبية اذ بركت ناقته
فقال الناس خلات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما خلات ولا
هو لها بخلق ولكن حبسها حابس الفيل ولما توقفت عن المشي
وتقهقرت ظنوا ان ذلك خلا لها في خلقها وهو مثل الحران للفرس
فقال عليه السلام ما بها حران وانما حبسها الله تعالى كما حبس الفيل
عن مكة اتقا على اهلها الا لاجل حرمة الحرم ذكره عياض في مشارق الانوار
وابن حزم في المحلى فقال خلات الناقة اذا ازلت فلم تلد تشمر، الوجه

الخامس والعشرون قال الله تعالى ان طهرا بيتي للطايفين والعاكفين
والركع السجود ولم يوجد امر الله تعالى بمثله في غيره، الوجه السا
دس والعشرون اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى
حرمها يوم خلق السموات والارض ولم يحرمها الناس فدل على ان
حرمتها قديمة وانها بتحريم الله تعالى لا بتحريم الناس بخلاف حرمة
المدينة، الوجه السابع والعشرون عن عبد الله بن عمر قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع الا اي شهر تعلمونه اعظم حرمة
قالوا الا شهرنا هذا قال اي بلد تعلمونه اعظم حرمة قالوا الا بلدنا
هذا قال ان الله تعالى حرم عليكم دماكم واموالكم واعراضكم الا بحقها
كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا الا هل بلغت ثلثا
كل ذلك يجيبونه الا نعم والحديث في غاية الصحة ومثله في حديث
جابر وابن عمر يشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرر الناس
اي بلد هو اعظم حرمة فاجابوا بانه مكة وصدق قولهم في ذلك وهذا
اجماع من جميع الصحابة قال ابن حزم في زمان هذا افتقد من خالف
الاجماع صح بالنص والاجماع ان مكة افضل من المدينة وغيرها
لان ما كان اعظم حرمة كان افضل بلا شك، الوجه الثامن والعشرون
عن سفيان الثوري عن اسلم المصري قال قلت لعطا اتي مسجد
النبي عليه السلام فاصلي فيه قال فقال عطا الى طواف واحد
احب الي من سفرك الى المدينة وهذا لا يعرف بالعقل بل بالسماع
ذكره في المحلى ومناسك الكرماني، الوجه التاسع والعشرون
ذكر في خلاصة الحقايق ان مقام ابراهيم عليه السلام والحجر الاسود
يقولان للنبي عليه السلام اشفع انت لمن زارنا فانا نشفع لمن
زارنا، الوجه الموفي ثلاثون ان الله سبحانه وتعالى ذكر المسجد
الحرام في القران وعظمه ولم يذكر مسجد المدينة وما كان ذكره
له لفضله على غيره، الوجه الحادي والثلاثون لم يثبت للمدينة
حرم يجب به ضمان صيده وشجره وحشيشه على ما نذكره بخلاف
مكة فان ذلك مجمع عليه في حرم مكة، الوجه الثاني والثلاثون
في الخلاصة من مات في طريق مكة مقبلا او مدبرا غفر الله له البتة وشفع
في سبعين من اهل بيته وعن ابي الدردا قال سمعت رسول الله صلى الله

عليه

عليه وسلم يقول لا يعذب الله قدما مشت الى بيت الله الحرام وعنه من
مات في طريق مكة لم يعرض ولم يحاسب وروي في زمن الطوفان لم ياكل
الحيتان الكبار صغارها في ارض الحرم ذكر هذه الثلاثة في خلاصة
الحقايق لشمس الدين سبط ابن الجوزي، الوجه السادس والثلثون
قال الله تعالى فيه ايات بينات مقام ابراهيم ومن دخله كان امنا
والمقام قيل الكرسي الذي كان لادم وقام عليه ابراهيم حين ارتفع
بنا الكعبة وهو الذي فيه قدماه وقيل الحج كله لانه مقامات
وقيل عرفة والمزدلفة لقيام الناس فيهما للدعا وعن ابن عباس
الايات البينات مقام ابراهيم والمشعر الحرام والصفا والمروة
والركن والحجر والملتزم ومن اياته ان الطير يتبع الطير فاذا دخل
الحرم تركه ولا يعلوا البيت الا للاستشفا ومن اياته المطر اذا عم
الاركان عم الخصب وان خص ركنا كان الخصب لناحيته ومن اياته
ان الجمار ترمى كل عام ونراها على حالها ومن اياته اهلاك اصحاب
الفيل وقيل كان امنا من النار، الوجه السابع والثلاثون يمنع الكافر
من دخول مكة مقيما كان او مارا عند الجمهور واتفقوا على منعهم
من الاستيطان بها بخلاف المدينة ولا يدفن بها مشرك، الوجه الثامن
والثلثون لو نذر المشي الى بيت الله او الى مكة لزمه الذهاب اليها
بحج او عمرة بخلاف غيرها، الوجه التاسع والثلاثون جوز جماعة من
العلما النوافل فيها في اوقات الكراهة لجلالة المكان بخلاف غيرها
الوجه الموفي اربعين عن جابر انه عليه السلام قال من خرج يومه من
حاج او معتمر ان ابى كان مضمونا على الله ان قبضه ان يدخله الجنة
وان رده رده ناجرا وغنيمة رواه غير واحد قال الطبري حديث
حسن غريب والزياده على الاربعين تقدمت في فضايل الحج في اول كتاب
الحج قال في المحلى مكة افضل بلاد الله يعني الحرم وحده وما وقع عليه
اسم عرفات فقط وبعده مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني
حرمها وحده ثم بيت المقدس يعني المسجد الاقصا وحده وقال
القاضي عياض المالكي موضع دفنه عليه السلام افضل البقاع بالاجماع
والخلاف فيما سواه واحتجت المالكية بوجوه احدها في المقدمات لابن
رشد المالكي ما روي عنه عليه السلام انه قال المدينة خير من مكة

قال وهو نص في الباب قلت ولا اصل له قال ابن حزم احتجوا على ذلك باحاديث
موضوعة هكذا ذكره في المحلى في شرح المحلى ويرد عليه انه لو ثبت فهو
مطلق فيحتمل ان يكون خبرا منه في سعة الرزق والتاخر مما تعين محل
النزاع ثانيها انه عليه السلام كان يقول اللهم بارك لنا في ثمرنا
وبارك في مدينتنا وبارك لنا في صاعها ومدها اللهم ان ابراهيم
الخليل دعاك بمكة واني ادعوك بالمدينة بمثل ما دعاك به لمكة
ومثله معه وهو حديث صحيح وقال ابن حزم لا حجة له فيه على فضل
المدينة على مكة وانما فيه الدعا للمدينة بالبركة ونعم هي والله
مباركة وانما دعا ابراهيم لمكة بان يجعل افيدة الناس تهوي
اليهم وان يرزقهم من الثمرات ولا شك ان الثمرات بالمدينة اكثر ولم
يدع للمدينة تهوي افيدة الناس اليها فكان دعاه عليه السلام
للمدينة بمثل ما دعا به ابراهيم لمكة ومثله معه انما كان في الرزق
من الثمرات وليس هذا من الفضل في شي وفي الذخيرة الا لكنه
يرد عليه ان يطلق في المدعو به فيحمل على ما صرح به في الحديث
وهو الصاع والمد وثالثها تعلقوا بحديث موضوع من رواية
محمد بن الحسن بن زبالة الكذاب انه قال عليه السلام اللهم اخرجوني
من احب البقاع الي فاسكني احب البقاع اليك وكذا الذي من قبله
من عمله وهو موضوع هكذا ذكره ابن حزم في المحلى ويرد عليه ان السياق
يابى دخول مكة في التفضيل عليه لانه عليه السلام منها في ذلك الوقت
فكان المعنى فاسكني احب البقاع اليك غيرها وهو من مجاز وصف
المكان بصفة ما يقع فيه كما يقال بلد طيب اي هواه والارض
المقدسة اي قدس من دخلها من الانبيا والاوليا المقدسين
من الذنوب وكذا الوادي المقدس اي قدس موسى عليه السلام فيه
والملائكة الحالون فيه ورابعها قوله عليه السلام لا يصبر على
لاوايها وشدتها احد الا كنت له شفيعا او شهيدا يوم القيامة
واللاواء شدة الجوع والجواب عنه من وجهين احدهما انه يدل على
فضلها لا على فضلها وفيها النزاع وثانيهما مطلق في الزمان
فيحمل على زمانه عليه السلام ولهذا خرج منها اكابر الصحابة الى الكوفة
والبصرة والعراق والشام ومصر واليمن وخامسها قوله عليه

السلام

السلام ان الايمان ليارز الى المدينة كما يارز الحية الى جحرها اي ياوي اليها
ولا حجة فيه لان ذلك عبارة عن اثبات الناس المومنين لها بسبب وجود
رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها ومهاجرتهم اليها لاجله في حال
حيوته فلا عموم له ولا بقا لهذه الفضيلة بخروج الصحابة عليهم
السلام منها بعده وسادسها قوله عليه السلام كالكير ينفي خبثها
وينصع طيبها وعنه عليه السلام انها تنفي شرارها كما ينفي الكير خبث
الحديد ولا حجة فيه على فضلها على مكة لان ذلك في وقت دون
وقت وفي قوم دون قوم وفي خاص دون عام وبرهان ذلك انه
عليه السلام لا يقول الا الحق وقال تعالى ومن اهل المدينة مردوا
على النفاق والمنافقون اخبث خلق الله وكانوا بالمدينة وقد
خرج منها علي وطلحة والزبير وابو عبيدة وابن مسعود ومعاذ
وابو موسى الاشعري واخرون وهم من اطيب الخلق وسابعها
قوله عليه السلام ما بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة
وجوابه انه يدل على فضل ذلك الموضع لا المدينة وثامنها قوله
عليه السلام يفتح اليمن فياتي قوم يبسون باهليهم ومن اطاعهم
والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون وذكر مثل هذا حرفا حرفا
في فتح الشام وفتح العراق وجوابه انه قال عليه السلام ذلك
في بلاد الدنيا وهذا لا شك فيه وليس فيه فضلها على مكة ولا ذكرها
وتاسعها قوله صلى الله عليه وسلم امرت بقرية تاكل القرى يعني
ان المدينة يفتح منها القرى والذي اكلها وليس فيه فضلها
على مكة وقد فتحت خراسان وسجستان وفارس وكرمان من البصرة
وليس ذلك دليلا على فضل البصرة على مكة وعاشرها قوله عليه
السلام لا يكيد احد اهل المدينة الا انماع كما ينماع الملح في الماء
يهال وجد عدو يرد فاماع وقوله عليه السلام لا يريد احد اهل
المدينة بسوء الا اذابه الله في النار ذوب الرصاص او ذوب الملح
في الماء ومن اخاف اهل المدينة اخافه الله وعليه لعنة الله والملائكة
والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا وهذا انما فيه وعيد
على من كاد اهلها ولا على كيد مسلم وليس فيه انها افضل من مكة وقد
قال الله تعالى في مكة ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب اليم

وحادي عشرها قوله عليه السلام على ابواب المدينة ملايكة لا يدخلها
الطاعون ولا الدجال وقد جا في مكة انه لا يدخلها الدجال
ذكره في المحلى ولا يدخل ذلك للاعلى انهما افضل من مكة قال هذا كلام
من هو اية وثاني عشرها قوله عليه السلام اللهم حبب الينا المدينة
كحبنا مكة او اشد اللهم اصححها وبارك لنا في صاعها ومدها
وانقل حماها الى الجحفة فكان المولود يولد بالجحفة فما يبلغ حتى
تصرعه الحمى وكانت الجحفة دار اليهود قاله الخطابي وثالث عشرها
عن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الجمعة
بالمدينة كالف صلاة فيما سواها اخرجه الحافظ ابو الفرج في
مثير العزم ورابع عشرها قوله عليه السلام لما خرج الى البقيع
قال اللهم اغفر لاهل بقيع الغرقد اخرجه مسلم في صحيحه وخامس
عشرها عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
انا اول من تنشق عنه الارض ثم ابو بكر ثم عمر رضي الله عنهما ثم اتي
اهل البقيع فيحشرون معي ثم انتظر اهل مكة من الحرمين خرجه
في مثير العزم الساكن وسادس عشرها عن النبي عليه السلام انه
قال الصلاة في مسجد قبا كعمرة اخرجه احمد والترمذي وفي
كلامه ما يدل على انه صحيح وهذه الاحاديث تدل على فضل هذه
الاماكن ولا شك انها اماكن شريفة وليس في ذلك ما يدل على انها
افضل من مكة شرفها الله تعالى واللاحقة الرابعة زيارة قبر سيدنا
ومولانا رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا انصرف الحاج والمعتمرون من
مكة فليتوجهوا الى طيبة مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم وزيارة
قبره صلى الله عليه وسلم فانها من انجح المساعي وقد روى الدارقطني
عن ابن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زار قبري وجبت له
شفاعتي وروى عنه عليه السلام انه قال من زار قبري وجبت له
الجنة وعنه عليه السلام من حج فزار قبري بعد وفاتي فكانما زارني في
حياتي رواه الدارقطني عن ابن عمر وفي الذخيرة القرافية قد كره
مالك ان يقال زرنا قبر النبي عليه السلام وان يسمى ذلك زيارة
وقال صاحب التهذيب لان شان الزاير التفضل والفضل على المزور
وقيل لان الزيارة تشعر بالاباحة وزيارته عليه السلام سنة موكدة

ويرد

ويرد عليه الاحاديث المتقدمة فانه نص فيها على الزيارة وما قالوه
غير مسلم بل المطلوب الظاهر من زيارة قبور الانبيا والاوليا التبرك
بزيارتهم والتلبس ببركتهم ولا يقصد بسببها التفضل عليهم وقولهم
الزيارة تشعر بالاباحة باطل لا اصل له ويصلي في طريقه في المساجد
التي بين مكة والمدينة وهي عشرون مسجدا ذكر ذلك الكرماني
في مناسكه ويكثر في طريقه من الصلاة والسلام على النبي عليه السلام
فاذا وقع بصره على اشجار المدينة زاد في الصلاة والتسليم وينبغي
له ان يغتسل عند دخولها ويتوضا كما قلنا في مكة ويتطيب ويلبس
الطف اثوابه والجديد افضل ويقدم رجله اليمنى في الدخول
واليسرى في الخروج ويكون فيه متواضعا عليه السكينة والوقار
ويقول بسم الله وعلى ملة رسول الله رب ادخلني مدخل صدق
واخرجني مخرج صدق واجعل لي من لدنك سلطانا نصيرا ويكون
دخوله المسجد من باب جبريل او غيره ويتوجه الى الموضع الذي فيه
منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويصلي فيه تحية المسجد مستقبلا
للسارية التي فيه ويكون عمود المنبر بحذا منكبه الايمن فانه موقف
النبي عليه السلام قال الكرماني يسجد بعدها سجدة شكرا لله تعالى على
وصوله تلك البقعة الشريفة والروضة المنيفة فان خاف فوت
المكتوبة بدا بها وكفته عن تحيته ويدعو بعدها ثم ينهض الى قبر
النبي صلى الله عليه وسلم ويقف عند راسه الكريم غاض الطرف في
مقام الهيبة والاجلال ويستحضر انه موضوع في لحده بازايه كالنايم
وانه عالم بحضوره وقيامه وزيارته ويسمع كلامه وسلامه ويقف
عند ما مستقبل القبلة بينه وبين القبر اربع اذرع ولا يضع يده على
الجدار ولا يقبله ولا يجوز ان يطاف بقبره عليه السلام ويكره الصاق
البطن والصدر والظهر بجدار قبره عليه السلام ويكره مسحه باليد
وتقبيله هكذا ذكر النواوي ومثله في المغني لابن قدامة الحنبلي ثم يبعد
قدر ذراع او اقل كذا عن ابي الليث قال الكرماني عن اصحابنا واصحاب الشا
فعي وغيره انه يقف وظهره الى القبلة ووجهه الى الحضرة وهو قول ابن
حنبل والصحيح الاول لانه جمع بين العبادتين وخير الامور ما استقبلت
به القبلة ويضع يمينه على شماله كما في الصلاة ولا يرفع صوته بل يقتصر

فيقول السلام عليك يا سيد المرسلين وامام المتقين وخاتم النبيين ورسول رب العالمين السلام عليك يا خير الخلايق اجمعين السلام عليك يا قايد الغر المحجلين السلام عليك يا نبي الرحمه السلام عليك يا سيد الامه السلام عليك يا طاهر السلام عليك يا شاهد الاسلام عليك يا عاقب السلام عليك يا بشير السلام عليك يا نذير السلام عليك يا سراج منير السلام عليك يا شفيع السلام عليك يا فاتح الخير والبر السلام عليك وعلى اهلك وازواجك واصحابك اجمعين جزاك الله عنا افضل ما جزا نبيا عن قومه ورسولا عن امته اشهد انك قد بلغت الرساله واديت الامانه ونصحت الامه واوضحت الحجه وجاهدت في الله حق جهاده حتى اتاك اليقين ونحن وفدك يا رسول الله جيناك من بلاد شاسعه واماكن بعيده نقطع اليك السهل والجبل والمفاوز والمهامه وقصدنا بذلك قضا حقك ورجا فضلك والنظر الى ماثرك والتيمن بزيارتك والتبرك بالسلام عليك والاستشفاع بك الى ربنا فان خطايانا قد قصمت ظهورنا واوزارنا قد اثقلت كواهلنا وانت الشافع المشفع وقد قال الله تعالى ولو انهم اذ ظلموا انفسهم جاوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما وقد جيناك يا حبيب الله ظالمين لانفسنا مستغفرين لذنوبنا فاشفع لنا الى ربنا واسله ان يميتنا على سنتك ويحشرنا في زمرتك ويوردنا حوضك ويسقينا بكاسك غير خزايا ولا ندامى يا رسول الله الشفاعه الشفاعه الشفاعه فان عجز عن حفظ ذلك او ضاق وقته اقتصر على بعضه واقله السلام عليك يا رسول الله السلام عليك يا ابا بكر الصديق وعن مالك رحمه الله انه كان يقول السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته وعن ابن عمر انه كان اذا اتى من سفر الى القبر فقال السلام عليك يا رسول الله السلام عليك يا ابا بكر الصديق السلام عليك يا ابتاه فان كان احد من المسلمين اوصى بتبليغ سلامه اليه يقول السلام عليك يا رسول الله من فلان بن فلان يتشفع بك الى ربك ويسال المغفرة والرحمه ثم يتاخر عن يمينه قدر ذراع الى الخليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وضجيعه ابي بكر الصديق رضي الله عنه فان راسه عند منكب رسول الله صلى الله عليه وسلم ويواجهه ويسلم عليه ويشير بيده اليه فيقول السلام عليك يا خليفة رسول الله ورفيقه في الغار وصاحبه في الاسفار السلام عليك يا علم المهاجرين والانصار وامين

رسول

رسول الله صلى الله عليه وسلم على الاسرار اشهد انك ما زلت على طريقه وسنته قايما بالحق والعدل في امته وكفلت الايتام ووصلت الارحام فجزاك الله عن نبيه وعن ساير المسلمين خيرا فنسال الله ان يميتنا على محبتك ويحشرنا في زمره نبينا وزمرتك كما وفقنا لزيارتك ثم يتاخر قدر ذراع حتى يحاذي راس امير المومنين الاواب عمر بن الخطاب رضي الله عنه فان راسه عند منكب ابي بكر الصديق رضي الله عنه فيسلم عليه ويشير بيده اليه فيقول السلام عليك يا امير المومنين عمر بن الخطاب السلام عليك يا من نطق بالصواب ووافق قوله محكم الكتاب السلام عليك يا فاروق الامين الذي اظهر الله به الدين وكمل به الاربعين واستجاب فيه دعوة خاتم النبيين ثم ورد على ربه شهيدا وخرج من الدنيا حميدا فجزاك الله عن نبيه وخليفته وامته افضل الجزا ورضي عنك احسن الرضا ثم يتقدم قدر نصف ذراع ويقف بين الصديق والفاروق ويقول السلام عليك يا ضجيعي رسول الله صلى الله عليه وسلم السلام عليكما يا صاحبي رسول الله عليكما يا وزيري رسول المعاونين له في الدين والعاملين بسنته حتى اتاكما اليقين فجزاكما الله خيرا جيناكما زايرين لنبينا وصديقنا وفاروقنا ونحن نتوسل بكما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشفع لنا ثم يدعو لنفسه ولوالديه ولا لاهله ولاصحابه ولاحبابه وللمومنين والمومنات ويسال حاجته ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في اخره ثم يرجع فيقف بين المنبر والاسطوانه ويستقبل القبله في الدعا ويرفع يديه ويخلص النيه والرغبه ويحمد الله ويكثر من الصلاه على النبي ثم ياتي الاسطوانه التي ربط ابو لبابه نفسه بها وهي بين القبر والروضة ويصلي ركعتين عندها ويسال الرحمة والمغفره ثم ياتي الروضة بين القبر والمنبر فيصلي فيها ما تيسر ويكثر الدعا وهو ساجد ويكثر من التسبيح والدعا والثنا على الله والاستغفار والشكر حيث وفقه لهذا الفتوح وهذه الكرامة وقد ثبت في الصحيحين عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنه ومنبري على حوضي ويقف عند المنبر ويدعو ويضع يديه على الرمانه ويصلي على النبي عليه السلام ويسال الله تعالى

رضوانه ورحمته ويتعوذ من سخطه وعقوبته ثم ياتي الاسطوانة الحنانه
فيحتضنها وهذا اتمام الزيارة ويجتهد ان يبيت في مسجد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ويحيي ليلته فيه بقراة القران وذكر الله ويكثر
التردد الى قبره عليه السلام والله تعالى اعلم بالصواب واليه المآب

فصل صورة هذه القبور الكريمه

وقيل هكذا	وقيل صورتها هكذا	
النبي عليه السلام		النبي عليه السلام
ابو بكر عمر		ابو بكر الصديق
		عمر بن الخطاب

والمشهور الصورة الاولى فاذا فرغ من ذلك استحب
له ان ياتي المشاهد والمزارات مثل البقيع وفيه قبر امير المومنين عثمان
ابن عفان رضي الله عنه في قبة وقبر العباس عم النبي صلى الله عليه وسلم
وقبر الحسن وعلي زين العابدين ابن الحسين بن علي بن ابي طالب وقبر ابنه
محمد الباقر وابنه جعفر الصادق الاربعه في قبر واحد في قبة العباس
وقبر ابراهيم ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم في قبر مفرد وقبر عقيل
وجعفر وقبور اربعة من ازواج رسول الله وقبر رومه ويزورهم كل يوم
ويصلي في مسجد فاطمة ويزور شهدا احد يوم الخميس ويلحق الظهر
في مسجد النبي عليه السلام وياتي مسجد قبا في كل يوم سبت فيدخله
ويصلي فيه ركعتين وياتي بير اريس التي تفل فيها رسول الله صلى الله
عليه وسلم وبير اخرى بقرب المسجد فيتوضا منها ويشرب من ما
يها ثم ياتي مسجد الفتح على الخندق ويزور جميع المشاهد بالمدينه وهي
ثلاثون موضعا تعرفها اهل المدينة وياتي الابار التي كان عليه السلام
يتوضا منها ويغتسل فيشرب من مايها اتباعا لرسول الله صلى الله عليه
وسلم وطلبا للشفا والبركة وهي سبع ابار فاذا عزم على الرجوع الى اهله
يستحب له ان ياتي قبر النبي عليه السلام ويعيد تلك الدعوات ثم يقول غير
موضع يا رسول الله نسالك ان تسال الله تعالى ان لا يقطع اثارنا من زيارتك
وحرمك وان يعيدنا سالمين غانمين الى اوطاننا وان يبارك لنا فيما وهب
من الولد وخولنا من النعم ويرزقنا الشكر على ذلك اللهم لا تجعل هذا اخر العهد

من

من زيارة قبر نبيك فان توفيتني قبل ذلك فاني اشهد في مماتي مثل ما شهدت
في حياتي لا اله الا الله وحده لا شريك له وان محمدا عبده ورسوله ربنا
اتنا في الدنيا حسنة وفي الاخرة حسنة وقنا عذاب النار سبحان ربك
رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين ثم يتوجه
الى الروضة فيصلي فيها ما تيسر ويسال الله تعالى العود بالسلامه
والعافية وينبغي ان يخرج من عينيه قطرات من الدمع فانها امارة القبول
ثم يتصدق على جيران رسول الله صلى الله عليه وسلم بما تيسر

فصل انشد ابو الفضل الجوهري في توديعه عليه
السلام ۞ لو كنت ساعة بيننا ما بيننا ۞ وشهدت كيف تكرر التوديعا
لعلمت ان من الدموع محدثا ۞ وعلمت ان من الحديث دموعا

رفع الحجاب لنا فلاح لناظري ۞ قمر تقطع دونه الاوهام
واذا المطي بنا بلغن محمدا ۞ فظهورهن على الرحال حرام
قربننا من خير من وطي الثرى ۞ فلها علينا حرمة وذمام

وفي المشهور من كتب المناسك عن العتبي ان اعرابيا انشد عند قبر النبي
صلى الله عليه وسلم بيتين وهما
يا خير من دفنت بالقاع اعظمه ۞ فطاب من طيبهن القاع والاكم
نفسي الفدا لقبر انت ساكنه ۞ فيه العفاف وفيه الجود والكرم
ثم انصرف فقال نمت فرايت النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا عتبي الحق الاعرابي
فبشره ان الله تعالى قد غفر له بشفاعتي فخرجت اطلبه فلم اجده اللاحقة
الخامسة لا يجوز قتل صيد المدينة ولا قطع شجرها ولا يجب الاحرام لدخو
لها في حق الافقي وغيره بل يستحب وعند الايمة الثلاثة المدينه حرم يحرم
صيده وقطع شجره وقال ابن المنذر في الاشراف قال مالك في المشهور والشافعي
في الجديد واكثر من لقينا من علما الامصار لا جزا على قاتل صيده ولا على
قاطع شجره واوجب الجزا ابن ابي ليلى وابن ابي ذيب وابن نافع المالكي وهو
القديم للشافعي واختاره ابن المنذر وعن سعيد بن ابي وقاص انه كان ياخذ
سلب القاتل وقاطع الشجر وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصحيح
قال ابو بكر بن المنذر لكن لم يعمل به احد بعد من الصحابه الا ابن ابي ليلى
والشافعي في القديم قال النواوي المختار ترجيح القديم وجوب الجزا وهو سلب

ولهم فيه ثلثة اوجه احدها للقاتل كما في الحديث وثانيها للفقرا ورجحه بعضهم
وثالثها يكون لبيت المال وكل منها خلاف الحديث لانه جعله للقاتل
ولم يعلموا بالحديث والمذهب عندهم في السلب انه كسلب القتيل ويدخل
فيه نفقته ومنطقته وثيابه وفرسه ويعطيه ازارا يستر عورته
به ثم يسترده منه وقال ابو حامد منهم من لا يترك ما يستر عورته
ويأخذ سلبه وان لم يتلف الصيد بل ارسله من يده وقال ابن حنبل
يأخذ ثيابه كلها حتى سراويله والظاهر لا يأخذ فرسه بخلاف
القتيل ذكره في المغني واجاب اخذ سلب احد العقوق والضب
بعد ارساله من غير قتل وسلبه ثيابه ونفقته ومنطقته وسلاحه
مع انهم لم يوجبوا شيا في مثل هذا في الحرم المجمع على تحريمه بعد عظيم
والمراد بالحديث التغليظ والزجر على ما ياتي من قريب وقول النواوي
الترجيح للقديم على المختار خلاف مذهب الشافعي ولا يجوز نسبة
القول القديم الى الشافعي بعد رجوعه عنه وغسل كتبه القديمة
واشهاده على نفسه بالرجوع عن القول القديم قال عبد الرحمن
الفركاح من جعل القديم مذهبا له فقد كذب عليه الا ان يختار احد
غير مقلد للشافعي وهو من اهل الاجتهاد ويجعله مذهبا لنفسه
بظاهر الحديث ولان في حرم مكة يجب الجزا الذي هو النظير والقيمة
ويوجد في حرم المدينة بان ما لا يساوي نصف درهم اموالا عظيمة
وهذا نائي في قياس الاصول والادلة الثابتة في الشرع مع انه يأتي الجواب
عن الحديث بعد هذا احتجوا بقوله عليه السلام حرمت المدينة
كما حرم ابراهيم مكة وعن ابي سعيد الخدري انه سمع رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول اني حرمت ما بين لابتي المدينة كما حرم ابراهيم مكة
قال ابو سعيد كان احدنا يأخذ في يده الطير فيأخذه من يده ويرسله
وفي رواية اني حرمت ما بين مازميها وفي رواية انس اني حرمت ما
بين جبليها وفي حديث علي رضي الله عنه حرم من عير الى ثور اخرجهن
الشيخان وفي شرح البخاري لابن بطال لو صح الحديث لاوجب الجزا على من
لا سلب له وما يستر عورته لا ينزع منه وصيد مكة لما كان مضمونا
لم يختلف بين ان يكون له سلب او لا وقال مالك لم اسمع في صيد المدينة
جزا ومن مضى كان اعلم ممن بقي فقيل له اي كل قال ليس هو كالذي يصاد

بمكة

مكة واني لا اكرهه ولنا ان النبي عليه السلام كان اعطى صغيرا طائرا
بالمدينة فكان عليه السلام يقول له ما فعل النغير يا ابا عمير رواه
البخاري ومسلم والثاني حديث عائشة رضي الله عنها قالت كان لال
رسول الله صلى الله عليه وسلم وحش فاذا خرج لعب واشتد واقبل
وادبر واذا احس برسول الله صلى الله عليه وسلم قد دخل ربض فلم
يبرح كراهة ان يؤذيه وحبس الوحش فيها واغلاق الباب عليه
دليل على اباحته وعن سلمة بن الاكوع انه كان يصيد الوحش
ويهدي لحمه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفقدني رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال يا سلمة اين تكون فقلت تباعد عنا الصيد
يا رسول الله وانما اصيد بصدر وزغزاره من كذا فقال اما انك لو كنت
تصيد بالعقيق لشيعتك اذا ذهبت وتلقيتك اذا جئت فاني احب العقيق
ذكره في الامام من طريق موسى ابن محمد بن ابراهيم قال البيهقي تفرد به
موسى هذا وكان يحيى بن معين يضعفه وخرج الحديثين الحافظ ابو
جعفر الطحاوي وغيره وهذا يخالفه حديث سعد في صيد العقيق
وحديث سعد اصح في الرواية لكن غير معمول به عند العلما فالعمل
بحديث سلمة اولى وفي اثبات الحرم للمدينة اضطراب كثير في حديثه
فعند بعض الرواة ما بين لابتيها وعند البعض ما بين ثنيتيها وعند
البعض ما بين جبليها وعند البعض جعل اثنا عشر ميلا حمى وعند
البعض ما بين عير الى ثور قال عياض في الاكمال كذا للرواة ترك مكانه
بياضا واعتقد وان ذكره خطا ووهم وفي الاكمال انكر مصعب الزبيري
وغيره عيرا وثورا وقالوا ليس بالمدينة عير ولا ثور وانما ثور بمكة وحكى
الخطابي انه قطع شجرها غير ممنوع وذكر ابن نافع عن مالك ان النبي
عليه السلام انما نهى عن قطع شجرها ابقا لبهجتها وترغيبا للمهاجرين
اليها وتحسينا لمجاورتها فلا يكون النهي نهي تحريم ونظيره النهي
عن هدم اطام المدينة فانها زينة المدينة واجمعوا على اباحة هدمها
ولو كان للمدينة حرم يحرم فيه الصيد وقطع الشجر لكان في حكم حرم
مكة في ضمان صيده وشجره وكان النص الوارد في حرم مكة واردا في
حرم المدينة لان الحرم هو العلة لوجوب الضمان ولما لم يوجبوا الضمان
فيه دل على بطلان قولهم وانما المراد بالحديث الحرمة الحاصلة لها

بشرف النبي عليه السلام بها وموته ودفنه فيها وبسببه لا يدخلها
الدجال وعلى كل نقب من انقابها ملك يحرسها ولاشك ان هذا شرف
عظيم ورتبة علية لها وهي محمد برسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا لا
يلزم من ثبوت الحرم وحرمة الاصطياد فيه ان يكون صيده مضمونا
الا ترى ان مكة كان لها حرم في الجاهلية ولم يكن صيده مضمونا قلت
هذه غفلة ومتى احتج اهل الايمان بفعل الجاهلية ولم يكن لهم كتاب وهم
عبدة الاوثان ولاشي في صيده ولا في شجره وبه قال ابن حنبل وهو الاصح
من مذهب الشافعي وهو واد باليمن وقال ابو جعفر الطحاوي ما ذكر
عن الشافعي في صيد وج فما وقفنا على رواية في ذلك ولا وجدنا فيه
قولا عن احد سواه قلت حرمة صيد وج رواها احمد في المسند في
والبيهقي وضعف احمد حديث صيد وج وذكر ابو بكر الخلال في كتاب
العلل وقال البخاري في تاريخه لا يصح صيد وج بواو مفتوحة وجيم
مشددة هو بلد الطايف عند اهل اللغة وقال الحازمي اسم لحصون
الطايف وقيل لواحد منها ومنه اكثر الفقهاء اسم واد بالطايف
وفي المغني واد باليمن وبالحاء المهملة هو ناحية نعمان وفي الكمال اجاب
بعض المالكية والشافعية عن قوله صلى الله عليه وسلم ما فعل النغير
يا ابا عمير بجوابين احدهما انه محمول على انه كان قبل تحريم المدينة والثاني
يمكن ان يكون ادخله من الحل ولم يصده في حرمها قال الكاكي ومعنى هذا
الجواب لا يلزم عندي على اصولهم لان الحلال اذا دخل بالصيد الحرم
من الحل وجب عليه ارساله واطلاقه ولا يستنيم والنغر يضم النون بتصغير
كصرد وهو اسم طاير صغير قيل هو البلبل اللاحقة السادسة قال
النووي من العامة من يروي عن ابن عمر ان النبي عليه السلام قال من
زارني وزار ابي ابراهيم في عام واحد ضمنت له الجنة وهذا باطل لا يعرف
عن النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب بل وضعه بعض الكفرة وزيارة
ابراهيم الخليل عليه السلام غير منكرة ولا تعلق لها بالحج ولا بزيارة النبي
عليه السلام بل هي قربة على حدة ومثله قول العامة اذا حج اقدس
حجتي فيذهب ويزور بيت المقدس ويرى ذلك من تمام الحج وهو باطل
وزيارة القدس مستحبة ولا تعلق لها بالحج وكذا الكلام التمر الصيحاني
في الروضة وقطع شعورهم ورميها في القنديل الكبير من المنكرات

اللاحقة

اللاحقة السابعة ذهب ابو حنيفة وجماعة من المحاطبين في دين الله تعالى
الى كراهة المقام بمكة شرفها الله خوف الملل والتبرم والانبساط المذهبيت
الله تعالى على وجه يحصل به تسكين حرقة القلب والاجلال بحرمته
وتعظيمه وتوقيره وخوف اخراج الذنوب فان الذنب فيها اقبح فيخشى
في الكبائر مقت الله تعالى وسخطه وفي ذلك احباط نور المغفرة وزوال الولاية
وفي الصغائر تقليل نور المغفرة لاسيما في تلك البقعة الشريفة ولهذا
قال عمر بن الخطاب لخطيئة اصبتها بمكة اعز علي من سبعين خطيئة في
غيرها فكان يقول يا اهل اليمن يمنكم ويا اهل الشام شامكم ويا اهل العراق
عراقكم وقال ابن عباس حين اختار المقام بالطايف وما يليه لان اذنب ذنبا
تركته احب الي من ان اذنب ذنبا واحدا بمكة فلخوف هذه الخصال كرهوا
الجاورة بمكة فان ذلك سبب يخاف منه المقت والسخط من الله تعالى واقل
شي يصدر من الانسان فيها السمر والحكايات المذمومة وحديث الدنيا
فيها وفي المطاف والمسجد وقل من وجد يحترز عن ذلك ومن قدر على
الوفا بحقه وتعظيمه وتوقيره على وجه يتوقع معه حرمة البيت وجلاله
ونهايته في عينه كما دخل مكة فالمقام بها هو الفوز العظيم والفضل
العظيم رزقنا الله تعالى ذلك بمنه وكرمه واستحب ابو يوسف ومحمد والايمة
الثلاثة المجاورة بها وعن ابراهيم النخعي قال كان الاختلاف الى مكة احب اليهم
من مجاورة البيت وعن الشعبي قال لم يكن احد من المهاجرين والانصار
يقيم بمكة الا اخرجهما سعيد بن منصور اللاحقة الثامنة ما جا في فضل البيت
وبيت المقدس قد عرف حديث لا تشد الرحال الا الى ثلثة مساجد للحديث
وعن ابي ذر قلت يا رسول الله اي مسجد وضع في الارض اول قال المسجد الحرام
ثم اي قال المسجد الاقصى خرجه البخاري وعن ابن عمر عن النبي عليه السلام
ان سليمان بن داود على نبينا وعليهما السلام لما بنى بيت المقدس سال
الله تعالى خلالا حكما يصادف حكمه فاوتيه وملكا لا ينبغي لاحد من بعده
فاوتيه ولما فرغ من بنا المسجد ساله ان لا ياتيه احد نهزه الا الصلاة
فيه ان يخرجه من خطيئته كيوم ولدته امه خرجه النساي والنهز التحريك
والدفع وعنه عليه السلام الصلاة فيه كالف صلاة وعن عمر رضي الله عنه
انه بسط رداه وكنس الكناسة في ردايه وكنس الناس خرجه احمد وفي النافع
قد انتهت العبادات وشرع المعاملات ثم قدم النكاح لانه يشتمل على

المصالح الدينية والدنيوية منها حفظ النساء والقيام عليهن ومنها
صيانة النفس عن الوقوع في الزنا وتكثير عباد الله وامة محمد عليه السلام
واهل التوحيد ومباهاة الرسول صلى الله عليه وسلم وقدموه على
الجهاد لانه سبب لوجود الاسلام والمسلم وهو الولد والجهاد سبب
لوجود الاسلام فحسب والله تعالى اعلم

كتاب النكاح

اعلم ان النكاح في اللغة هو الوطء هكذا في المغرب والصحاح وطلبة
الطلبة وفي المجمل لابن فارس النكاح والبضع نكح اذا جامع وقد يكون
العقد هكذا فيه وفي الصحاح وقال الشيخ ابو بكر الرازي والسرخسي
النكاح الوطء حقيقة وقال الازهري اصل النكاح الوطء ويطلق على
العقد الذي هو سبب الوطء وهو التزوج وقال الفراء نكح المرأة
بالضم بضعها فاذا قالوا نكحها فمعناه اصاب نكحها وهو فرجها
وفي المبسوط والمحيط وطلبة الطلبة وشرح النواوي اصل النكاح
الضم والجمع وقال القرافي هو في اللغة التداخل يقول نكحت
الارض البذر والوطء تداخل قال ويطلق على العقد ان لقوله
تعالى وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا اي صداقا قال ويحتمل
ان يكون من باب الاضمار اي سبب نكاح لكن المجاز اولى من الاضمار
قلت تسمية الوطء تداخلا لا يستقيم لان ما كان من جهة الواطئ
داخل لا غير وما كان من الموطوءة مدخول فيه لا غير فلم يشتركا
في الدخول فلم يتحقق التفاعل ويتحقق الضم من كل واحد منهما
لانه يضم صاحبه اليه والضم من احدهما كان في صدق الضم بخلاف
التداخل وقوله المجاز اولى من الاضمار قلت هنا الاضمار اولى
لانه لا يوجد في اللغة اطلاق النكاح على المال وحذف المضاف
واقامة المضاف اليه مقامه شايع كثير عند عدم اللبس واما
قولهم نكح المطر الارض ونكح النعاس عينه فقد قالوا بمعنى الضم
ويحتمل التداخل ايضا وفي قول القائل ان القبور تنكح الايامى
النسوة الارامل اليتامى نصوا على انه بمعنى الضم وفي المختلف
النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعا وزعم انه قدر مشترك
بينهما قال والاشتراك ليس باصل قلت فيكون متواطيا لا مشتركا
وقال ابو القاسم الزجاجي يطلق عليهما وفي النافع قال فخر الاسلام

النكاح حقيقة في الوطء والعقد وقال صاحب النافع جعله حقيقة
في الوطء اولى قال ولا يجوز ان يكون حقيقة فيهما للاشتراك قلت
اولوية المجاز لا يمنع جواز كونه مشتركا وللشافعية ثلاثة اوجه
اصحها عندهم انه حقيقة في العقد مجاز في الوطء ذكره القاضي
حسين في تعليقه والثاني العكس والثالث حقيقة فيهما بالاشتراك
ذكرها النواوي واستدلوا على الاول بقوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات
ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وهو كثير في القرآن والحديث
وزعموا انه ليس في القرآن الا بمعنى العقد ويقال فلانة ناكح
في بني فلان اي ذات منهم ورجل نكحة يعني كثير التزوج كهمزة
والنكح بالضم والكسر اي يتزوج بها وكان يقال لام خارجة خطب
فيقول نكح حتى قالوا اسرع من نكاح ام خارجة ولنا اتفاق اهل
اللغة وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والمراد به الوطء اجماعا وما
خالف فيه الا سعيد بن المسيب وذاك خلاف لا اختلاف وقوله تعالى
حتى اذا بلغوا النكاح اي الاحتلام فان المحتلم يرى في منامه صورة الوطء
وقوله تعالى الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة فسر بهما وقول الفرزدق
الباركين على ظهور نسائهم والناكحين بشطي دجلة البقرا يهجو بذلك
قوما وقال عليه السلام ناكح البهيمة ملعون وقول الاعشى ومنكوحة
غير ممهورة يعني المسبية الموطوءة قال المطرزي ثم قيل للتزوج نكاح
لانه سبب الوطء قلت وهذا لا يسمى غيره من العقود نكاحا كالشرى
والهبة والصدقة والاجارة ونحوها لان ذلك سببا للوطء لا محالة
وقال قايلهم انكحت صم حصاها خف يعمله تقسمون في البلد السهل
والوعر اي صمت صم الحصا جمع اصم الحصا النعلات وفي المثل
السائر انكحنا الفرا فسنرى اي انكحنا الحمار حمر الوحش اسه خسري ثم
اسا الزوج اليها فطلقها يضرب به المثل للتحذير من العاقبة
وقلبة الهمزة الفا للازدواج والفرا الحمار الوحشي ويقال كل الصيد
في جوف الفرا فيتبين بهذا ان النكاح انما هو الضم والجمع ولا يكون حقيقة
الا في الاعيان والاجسام والعقد قول وهو عرض لا يبقى زمانين فلا
يكون الضم فيه الا مجازا وهو الذي اختاره فحول اللغويين وعقد النكاح
يجعل البعيد قريبا والاجنبي نسيبا ويصيران كشخص واحد حتى صار

المص على الباب وزوجي الباب بعد والجمهور في هذا الظاهر وفي المبسوط
كنكرحه لديد النكاح اي الوطي وقال ابو علي الفارسي للعرب فرق
لطيف فاذا قالوا انكح فلانة او بنت فلان او اخت فلان ارادوا به
العقد واذا قالوا انكح امراته او زوجته لم يريدوا الا الوطي
للاستغنا بذكرهما عن العقد انتهى كلامه واوجب ملامه فان
الاول ليس متعينا في العقد بل هو ظاهر في الوطي ويحتمله والثاني
متعين في الوطي لان تزوج زوجته لغو وفي الجامع اذا قال
ان نكحتك فهي زوجته وامته يحمل على الوطي وفي الاجنبية
على العقد لانه المعهما والفرق بين الماضي والمستقبل ان في
المستقبل يحمل على العقد الصحيح وفي الماضي يحمل على الخبر
صحيحا كان او فاسدا اذا لم يكن في الاول قرينة تحمله على العقد
دون الوطي وفي الذخيرة المالكية قال ابو حامد قال اصحابنا
النكاح حقيقته الجماع واستعير للعقد قال في المبسوط النكاح
سنة وفي خير مطلوب عقد مسنون وفي المحيط سنة موكدة وفي
التحفة قيل فرض كفاية قال في النافع هذا عند المتاخرين من مشايخنا
كالجهاد وقيل قول الكرخي وقال في البدايع النكاح فرض حالة
التوقان وخوف الوقوع في الزنا والعنت وعجز عن التسري لا خلاف
وفي المبسوط لا يسعه تركه حينئذ وقال اللخمي من المالكية النكاح
في الشرع على اقسام اربعة واجب غير موسع كمن خشي الوقوع في الزنا
والعيب وعجز عن التسري ولا يذهب عنه بالصوم وواجب موسع
ان كان كذلك ويقدر على التسري ومخير بينه وبين النكاح فان
كان يذهبه الصوم وجب احد الثلثة على التخيير والزوج اولى
وقال النواوي في المنهاج في شرح كتاب مسلم بن الحجاج لا يجب النكاح
ولا التسري سواخاف الزنا ام لا هذا مذهب العلما كافة ولا نعلم
احدا اوجبه الا داود ومن قال بقوله من اهل الظاهر الا رواية
عن احمد فانهم قالوا يلزمه اذا خاف العيب ان يتزوج او يتسرى
قلت الظاهرية قالوا بوجوبه وان لم يخف العيب قال النواوي
والناس فيه على اربعة اقسام قسم يتوق اليه نفسه ويجد مونته
فيستحب له وقسم لا يتوق اليه ولا يجد المونة فيكره له وقسم يتوق

اليه

اليه نفسه ولا يجد المونة فيكره وهو مامور بالصوم لدفع التوقان
وقسم يجد المونة ولا تتوق اليه نفسه فيترك النكاح والتخلي
لشغل العبادة اولى في حقه ولا يقال ان النكاح في حقه مكروه بل تركه
افضل قلت يطلق المكروه على ترك الاولى فباعتباره يكون مكروها
وفي المغني يجب على من خاف الوقوع في الزنا على قول عامة الفقها
وفي الاكمال وعند الشافعي مباح وعند الظاهرية واجب مرة
وهو العقد دون الدخول ذكر مثله النواوي واحتجوا بقوله
تعالى فانكحوا ويرد عليهم اخر الاية وهو فواحدة او ما ملكت
ايمانكم والتسري غير واجب قال ولا يخير بين الواجب وغير الواجب
والانفصال عن حديث الباه انه اغض البصر لا يحصل بالعقد وحده
وهو الواجب عند داود وقال المازري لا يجب التسري بالاتفاق
وفي المحلى في شرح المحلى لابن حزم الظاهري فرض على كل قادر على الوطي
ان وجد من يتزوج او يتسرى ان يفعل احدهما ولا بد فان عجز
عن ذلك فليكثر من الصوم وهذا يرد على المازري وعياض وهو
اقعد بنقل مذهبه قال واجمعوا على انه لا يجب ذلك على النسا
قلت قال الشافعي في النهاية واجب على الرجل والمراة ان تزوجا
اذا تاقت انفسهما وهذا يرد على ابن حزم وفي المعترض لبعض الشا
فعية انما قدموا النكاح على نوافل الصوم والصلاة اذا اتاه
ناويا التقرب الى الله وابتغا الوجه وتحصين الدين وتحصيل ولد
موحد متعبد وقصد الانفاق عليهما والذب عنهما متقربا
بذلك كله التقرب الى الله سبحانه وتعالى وهكذا ذكره ركن الدين
امام زاده عن شمس الايمة البيهقي ثم اطلقوا في المسئلة ثلثة الالفاظ
الافضلية والاولوية والتقديم ولا ينبغي ان يكون الخلاف في الافضلية
لثلثة اوجه احدها ان هذه اللفظة للاشتراك في الفضل
وترجيح احدهما على الاخر كالاورع والاعلم والشافعية يقولون
النكاح مباح او مكروه لانه لم يكن محتاجا اليه ولم يجد اهبته يكره
له ايضا وان احتاج اليه لغض البصر والتحصن بحيث لو لم يتزوج
لوقع في الزنا ما هو واجد اهبته فالمراوزة يقولون بالاباحة
قلت ولعل الذي ذكره النواوي ولم يذكر فيه خلافا هو قول المراوزة

وان كانت نفسه تواقه الى النكاح بحيث لو لم يات به يقع في الزنا يكون
واجبا بالاتفاق ويتقدم على النوافل اجماعا وعلى الفرايض اذا كان
الوجوب موسعا كالصلاه في اول الوقت فاذا لم يقولوا بفضيلة
النكاح فكيف يقع التنازع في الافضلية واذا ذكرت لفظة الاولوية
والتقديم الاشتراك في الاصل فانه يجوز ان يقال تناول العسل
اولى من تناول الحلو مع انه لا مشاركه في الحموضة والحلاوة بينهما
ويصح ان يقال تقدم العالم على الجاهل وتقديم العالم اولى من
تقديم الجاهل فاذا عرفت هذا فنقول الاشتغال بالنكاح في
مصالحه اولى من التخلي لنفل العبادة وعندنا قال شمس الدين
سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف وهو قول عامة الصحابة
والتابعين وبه قال احمد قال النواوي هو قول بعض الشافعيه
والمالكيه وقال الشافعي التخلي لنوافل العبادة اولى قلت ذكر
الشيخ شهاب الدين القرافي في الذخيره قول مالك مع الشافعي
رحمهما الله سلكت الشافعيه فيها عشرة مسالك المسلك الاول
زعموا ان النكاح من قبيل المباحات فكيف تقدم على المندوبات
بيانه انه عليه السلام قال احب المباحات الى الله النكاح والمسلك
الثاني هو من باب المعاملات لانه ايجاب وقبول كالبيع والشرا
ولهذا يصح من الكافر وهو على وفاق الطباع بخلاف الصلاة والصوم
فانهما مطلوبان للشارع فالاشتغال بهما اولى والمسلك الثالث
ان الله سبحانه خير بين التزوج بواحده وبين التسري ثم
التسري لا يتقدم على النوافل فكذا النكاح لان كلهما
للتخيير والمسلك الرابع ان النافله اشق على البدن من قضا شهوة
الفرج لانه راحة لا مشقة فيه فكانت اولى لقوله عليه السلام
لعايشه رضي الله عنها اجرك على قدر نصبك والمسلك الخامس
ان الصلاة والصوم النافلتين عبادة محضة والنكاح مركب من
العبادة والمعامله او النكاح وسيله الى العباده فالعبادة المحضه
والاصل اولى من الوسيله والمركب والمسلك السادس ان العبادة
مطلوبه التحصيل والنكاح مطلوب الاسقاط فكانت اولى بيانه
ان النكاح يحتاج فيه الى اكتساب المال والانفاق منه فلعله بسببه

يقع

يقع في المظالم او المهالك لفقد وجود الحلال لا سيما اليوم والمسلك
السابع التمسك بقوله تعالى وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون والاشتغال
بما خلق العبد لاجله اولى من غيره والمسلك الثامن التمسك بما ثبت في
صحيح البخاري من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل انه قال لا يزال عبدي يتقرب الي
بالنوافل حتى احبه فاذا احببته كنت سمعه الذي يسمع به وبصره
الذي يبصر به ومثل هذا لو لم يوجد في النكاح لعمري هذا اقوى
لهم في التمسك والمسلك التاسع قوله تعالى وسيدا وحصورا ونبيا
مدح الله سبحانه يحيى بترك النساء مع القدرة على الجماع ومونة النكاح
ولا يمدح الانسان على ترك العبادة ولا على ترك المباح والمسلك
العاشر ورد فيه حديثين موضوعين قال ابو محمد بن حزم
وتوهموا بهما احدهما عنه عليه السلام انه قال خيركم في المائتين الذي
لا اهل له ولا ولد والاخر من طريق حذيفة انه قال اذا كان سنة خمس
ومائة فلان يربي احدكم جرو كلب خير له من ان يربي ولدا قال ابن حزم
في المحلى وهما موضوعان لانهما من رواية ابي عاصم رواد بن الجراح
العسقلاني لا يحتج به وبيان وضعهما انه لو استعمل الناس ما فيهما
من ترك النسل لبطل النسل والاسلام والجهاد والدين وغلب اهل
الكفر وظهر كذب رواته بلا شك انتهى كلامه ولنا في المسله عشرون
مدركا وقليلا المدرك الاول ان النكاح سنة موكدة على ما نبين
والنوافل مندوب اليها فكان الاشتغال بالسنة اولى لرجحانها
فكيف اذا كانت موكدة والمدرك الثاني قوله تعالى فانكحوا ما
طاب لكم من النسا وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والامر للوجوب
فان ترك الوجوب بالاجماع يبقى فيما ذكرنا حتى لا يلزم الترك بالامر
ولم يوجد الامر بالنافله وهو يبطل دعوى الاباحه فيه قال سيف
الدين الامدي في الاحكام اتفق الفقها والاصوليون قاطبة على
ان المباح غير مامور به خلافا للكعبي من المعتزله والمدرك الثالث
قوله في الصحيحين عليه السلام يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة
فليتزوج فانه اغض للبصر واحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم
فانه له وجا وجه التمسك به من وجهين الامر به والوجه الثاني

لتقديمه على صوم النفل وانما نقل اليه عند عدم القدرة على النكاح
فوايد الباه المدرك ولما كان المتزوج سوى امراته ساسمى النكاح
باه ومنه مباه الابل والغنم وهي الموضع الذي ياوي اليه بالليل
وقيل المباه الموضع الذي تسو اليه الابل والغنم اي ترجع ثم جعل
عبارة عن المنزل ثم كني بها عن الجماع وفي المباه اربع لغات
المد فيه الباه ومع حذفها والباهة بابدال الهاء من الهمزة وباه
بالهاء لغير باء والوجا بكسر الواو والمد رض الانثيين
والخصا سقهما واستيصالهما والجب قطع الذكر من اصله
وجاعلى ذن عصا والصوم يقطع النكاح غالبا لاضعافه القوى
وتخفيفه الرطوبة التي تتولد المني وقد يزيد في النكاح
في المرطوبين فيقربون من الاعتدال فيقوى عندهم بالصوم
لكونه قليل في الناس لاسيما ارض الحجاز لحرارة اهلهم ارضهم
قال ابو حامد من استطاع منكم يعني الجماع ومن لم يستطع يعني
الطول قلنا المراد به من استطاع منكم المال الذي يوصله الى
الوطي لعينه فلو كان المراد بالطول الوطي لما استقام ان يقال
ومن لم يستطع فعليه بالصوم لان المحذوف من الثاني هو المذكور
في الاول لحذف الدلالة للاول عليه والمدرك الرابع عن سعد
ابن ابي وقاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد على عثمان بن
مظعون التبتل رواه مسلم والتبتل الانقطاع عن النساء استعمل
في الانقطاع الى الله سبحانه وتعالى وهو حجة على الشافعي في اختيار
التبتل والمدرك الخامس عن انس قال رهط اتوا بيوت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يسالون عن عبادته عليه السلام فلما اخبروا كانهم
تقالوها فقالوا اين نحن من رسول الله صلى الله عليه وسلم قد غفر
الله له ما تقدم من ذنبه وما تاخر فقال احدهم اما انا فاني اصلي
الليل ابدا وقال الاخر اني اصوم الدهر ولا افطر وقال الاخر
انا اعتزل النسا ولا اتزوج النسا ابدا فجا رسول الله صلى الله عليه
وسلم اليهم فقال انتم الذي قلتم كذا وكذا اما والله اني لاخشاكم
لله واتقاكم له لكني اصوم وافطر واصلي وارقد واتزوج النسا
فمن رغب عن سنتي فليس مني اخرجه البخاري في صحيحه فاخبر صلى الله

عليه

عليه وسلم ان النكاح سنة واوعد الخارج عن سنته ولا يوجد هذا
التغليظ في ترك النوافل والمدرك السادس قوله صلى الله عليه
وسلم اربع من سنن المرسلين الحيا والتعطر والسواك والنكاح
رواه الترمذي وقال حديث حسن والمدرك السابع في صحيح
مسلم ونهي عن منكر صدقة وفي بضع احدكم صدقة قالوا يا
رسول الله اياتي احدنا شهوته ويكون له فيها اجر قال ارايتم لو
وضعها في حرام اكان عليه وزر فكذلك اذا وضعها في الحلال
كان له اجر والصدقة افضل من صلاة النافلة اتفاقا والمدرك
الثامن عن ابي ذر رضه انه عليه السلام قال لعكاف بن وداعة الهلالي
هل لك زوجة قال لا قال ولا جارية قال فانت موسر بخير قال وانا
موسر قال انت اذن من اخوان الشيطان ان سنتنا النكاح شراركم
عزابكم رواه احمد ابن حنبل وابن منده وابو عمر بن عبد البر وذكر
جار الله في الفايق وزاد فان كنت من رهبان النصارى فالحق بهم
وان كنت منا فمن سنتنا النكاح قال وقد امر به وذمه اشد الذم
على تركه بالحاقه بشر الخليقة وهم الشياطين والمدرك التاسع
قوله عليه السلام من تزوج فقد ستر شطر دينه فاذا ادى الفرايض
والسنن الداسه وقد تزوج فقد ستر دينه كله بخلاف فعل النوافل
مع ترك النكاح والمدرك العاشر التمسك بقوله صلى الله عليه
وسلم من كان على ديني ودين اخي داود وسليمان فليتزوج ان وجد
الى النكاح سبيلا والا فليجاهد في سبيل الله تعالى ذكره في الفردوس
والمدرك الثاني عشر قال عليه السلام خير الناس من ينفع الناس
والمتزوج ينفع امراته واولاده بالانفاق والدار عليهم وتجنبها
عن الوقوع في الزنا وقال صلى الله عليه وسلم في حديث سعد الثابت
وانك لتنفق نفقة تبتغي بها وجه الله اجرت بها حتى ما تجعل في
في امراتك والمتنفل بالصلاة نفعه قاصر عليه لا يتعداه وبهذا
المعنى فضل العالم على العابد للنفع المتعدي والمدرك الثالث
عشر قال عليه السلام الاعمال ادومها والنكاح ادوم من اداء النا
فلة نوى بها ساعة فساعة والمدرك الرابع عشر قال عليه
السلام في الصلاة النافلة الصلاة خير موضوع فمن شا استكثر منها

وان شا استقل ذكره في الفردوس وعزاه الى مسند احمد ابن حنبل والمعجم
الكبير للطبراني وفي النكاح قد امر به وحث عليه وذم تاركه
اشد ذم والمدرك الخامس عشر من اقوى الدلايل على الحث على
النكاح والاستكثار منه ما اعتمد الصحابة حتى مات ابو بكر
الصديق رضي الله عنه عن ثلاث نسوة ام رومان واسما بنت
خارجة وترك عمر اربعا منهن ام كلثوم بنت علي وفاطمة رضي
الله عنهم وترك عثمان امراتين ومات علي عن اثنين وعشرين
ما بين حرة وامة سرية وام ولد ومات الزبير عن اربع ومات
عبد الرحمن بن عوف عن اربع نسوة وتزوج رسول الله صلى الله عليه
وسلم تسع عشر امراة خمس منهن لم يدخل بهن وتوفي عليه السلام
عن تسع عايشة وحفصة وزينب وام سلمة وام حبيبة وميمونة
وسودة وجويرية وصفية ذكر ذلك السفاقسي في شرح البخاري
وكان القوم يحبون متابعة رسول الله صلى الله عليه وسلم والتاسي به
في افعاله والمدرك السادس عشر ذهب قوم الى فريضة النكاح
وهم الظاهرية وقوم الى اباحته او كراهته والقول بانه سنة
موكدة هو المتوسط بين القولين وخيار الامور اوسطها وكلا
الطرفين غلو وللسنة مزية ورجحان على الندب والمدرك
السابع عشر لو قلنا ان النوافل افضل لصار الناس الى الافضل
فيلزم ترك المفضول وبه يفوت التوالد والتناسل فيرتفع الدين
من اصله بغلبة الكفار وهذا لا يجوز اصلا والمدرك الثامن عشر
ذكره في المحيط ان النكاح مصالحه اجم ومنافعه اعم اذ هو سبب
لتحصين نفسه باعفافه عن الزنا وسبب بقا العالم الى قيام الساعة
بالتوالد وحفظ النسا من الموبقات فانهن لا يصرن محفوظة
الا بحافظ ورقيب وذلك بالنكاح وبه يمتنع عن السفاح بخلاف
النوافل الا بجموعها وتعليل عدا بسها مدة طويلة وفي ذلك امتناعه
عن القيام بالاعمال والجهاد والمصالح الدينية والدنيوية فكان اولى
كالامارة والحكم بالعدل وان كان فيهما قضا شهوة النفس بنفاذ الكلمة
وامتثال الامر وذلك من اعظم حظوظ النفس والمدرك التاسع عشر
عن ابي نجيح عنه عليه السلام من كان موسرا الى ان يتزوج فلم يتزوج

فليس

فليس منا والمدرك الموفي عشرين عن شداد ابن اوس وكان قد ذهب
بصره قال زوجوني فان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوصاني ان لا القى الله
اعزب وقال معاذ عند موته زوجوني فاني اكره ان القى الله اعزب وعن
عبد الله لو لم يبق لي من الدهر الا ليلة لاحببت ان يكون لي في تلك الليلة
امراة روى ذلك كله ابو بكر ابن ابي شيبة والجواب عن المسلك الاول
ان قوله عليه السلام احب المباحات يقتضي ان يكون النكاح
محبوبا وانتم لا تقولون به لانه مباح عندكم والمحبوب غير
المباح بالاجماع فبطل احتجاجكم به وعلى قولكم يلزم ان يكون
المباحات المطلوبة للشارع ولا قايل به اذ لو كان مطلوبا
له لا يبقى مباحا فثبت انه لا يمكنكم العمل بهذا الحديث وعن
الثاني لا يلزم من كونه على وفق الطباع ان لا يكون مندوبا اليه
فان القضا والامارة والخلافة على وفق الطباع كما في ذلك من ميل
النفس اليه بسبب الجاه ونفاذ الكلمة وحصول الحشمة وهو
عبادة ومندوب اليه وفرض وشرب البول على خلاف الطبع وهو
حرام ووجب على المضطر اكل الميتة مع انه لا يجد الى تركه سبيلا بحكم
الطبع وعن الثالث لم قلتم ان المراد من قوله او ما ملكت ايمانكم التسري
يجوز ان يكون المراد به التزوج بالامة وهو الظاهر من اول الاية
ومن قوله فواحدة او ما ملكت ايمانكم اي نكاح امة الغير ولا يقال
نكاح الامة اندرج تحت قوله فانكحوا ما طاب لكم من النسا مثنى
وثلاث ورباع فان الجمع بين الامتين لا يجوز عندهم فلم يندرج
نكاح الامة تحت الامر في اول الاية ولان التسري لم يبلغ عند
الرجل مندوب اليه فيمنع وعن الرابع الجواب من وجهين احدهما
انا لا نسلم ان كل ما كان فيه المشقة اكثر يكون الثواب فيه اكثر
فان ثواب ركعتي الفرض اكثر من ثواب اربع من نفل وقد ورد ان
سبحان الله ثمن الجنة وهو فعل اللسان اخف من ركعتي النافلة
وثانيهما لا نسلم ان النوافل اشق على البدن من الاشتغال بمصالح النكاح
فان فيه اكتساب المال الحلال والقيام بواجباته ونفقات الاولاد
وكلفهم ومونتهم وفيه تعب البدن والقلب وعن الخامس انه باطل
برد الوديعة ورد المغصوب فانه مرجح على النافلة وان لم يكن عبادة

محضة والسادس ممنوع ولا نزاع فيما ذكرنا في الاولوية وعن السابع
ان معنى قوله تعالى ليعبدون صلاحيتهم للعبادة لا نفس العبادة او
قيل ليوحدون وهو فرض عين والخلاف في النوافل وقيل لامرهم
بالعبادة ولا كلام فيه مع انه لا يبعد ان يكون خلقهم للنكاح ايضا
وقد ورد انهم خلقوا له وهو قوله تعالى وجعل منها زوجها
ليسكن اليها مع ان الاية وان كانت عامة في حق المخلوقين من الجن
والانس فهي مطلقة في العبادة فيصدق بواحدة من كل واحد
فيحمل على التوحيد او على الفرايض دون النوافل وعن الثامن ليس
المراد به من ترك سنة النكاح والفرايض والتقرب الى الله تعالى
بالنوافل فلا بد ان يكون ذلك بشروطه ونحن نقول به وعن التاسع
قال ابو بكر ابن العربي في العارضة قلنا هذا منكر من ثلاثة اوجه
اولها انك ذكرت يحيى ونسيت محمد ورغبته ومدحه له وحثه
عليه وتقدمه فيه وهو كان اقرب دينا ونسبا ان كنت به من
يحيى فانيها انك تلك شريعة من قبلنا ليست شريعتنا ولا نقتدي
بها اخرى ثالثها ان الحصور الذي يترك النساء مع القدرة عليهن
حبسا لنفسه عنهن وكان ذلك شريعة وشريعتنا النكاح قال الله
تعالى لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا وفي النسا عن ابي هريرة ثلثة
حق على الله عونهم المكاتب الذي يريد الادا والناكح الذي يريد
العفاف والمجاهد في سبيل الله قال وهو صحيح وعنه عليه السلام انه
قال اذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفعلوا
تكن فتنة في الارض وفساد كبير قال ابو بكر هذا الحديث حسن
صحيح وقولهم النكاح معاملة قلنا بل النكاح الذي نفضله على
النافلة عبارة على ما مر وعدم لزومه بالبدل لفقد شرطه وهو
ان يكون من جنسه واجب مقصود لله ولا نلتزم النافلة بالبدل
للحاجة الى احراز الفضيلة وهو حاصل هنا لما ذكرنا الوقال الله على
حجة الاسلام او صوم رمضان لا يلزمه شي فايدة ذكرها في الاكمال
قال المازري قوله عليه السلام فعليه بالصوم اغرا بالغايب ومن
اصول النحاة انه لا يعرى لغايب وقد جاسا دافي قول بعضهم عليه
رجلا ليسي على جهة الاغرا قال القاضي عياض هذا قول ابي محمد ونسبه

وابي

وابي القاسم الزجاجي وقال بعضهم هو غفلة ووهم من قايله وصوابه
لا يجوز اغرا الغايب وانما تغري الحاضر والشاهد واما الاغرا بالشاهد
والغايب فجايز وهكذا انص ابو عبيد على الصواب في هذا الحديث
فقال اغري غايبا ولا يكاد العرب تغري الا الشاهد تقول عليك زيدا
ودونك عمرا ولا تقول عليه الا في هذا الحديث وكذلك كلام سيبويه
ومن بعده من ايمة هذا الشان وقالوا انما يومر الحاضر ولا يجوز
دونه زيدا ولا عليه عمرا وانت تريد غير المخاطب قال السيرافي
مع شدوده جري للمامور ذكر فصار كالحاضر قال القاضي ليس في
الحديث اغرا لغايب جملة بل هو خطاب لمن حضر من الشباب فقال
من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم والضمير
ليس لغايب وترك الكاف لعدم تعينه لاجل لفظة من وان كان حاضرا
كما لو قلت لرجلين من قام منكما فله درهم فالضمير لمن قام من احد الحا
ضرين لا لغايب وقال النووي المعشر هم الذين يشملهم وصف واحد
فالشباب معشر جمع شاب ويجمع على شبيبة وهو من البلوغ الى
ثلثين سنة قلت وفاعل لا يجمع على فعال والشيوخ معشر والنسا
معشر قوله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول يعتبر بهما عن الماضي
في المنافع الذي يتلفظ به اولا يسمى ايجابا من اي جانب كان والتعبير
والبيان قال الله تعالى حكاية عن الملك ان كنتم للرويا تعبرون
اي تبينون وفي الحواشي النكاح عبارة عن معنى شرعي يثبت في المحل
وقولهما زوجت وتزوجت الة انعقاد ذلك المعنى الشرعي وقوله
ينعقد بالايجاب والقبول اشارة الى ذلك المعنى الشرعي مثل كقولك
كتبت بالقلم وضربت بالسيف وسمي المتقدم ايجابا لانه توجب وجوب
العقد اذا اتصل به القبول قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا
فقد جعلت للانشا شرعا دفعا للحاجة قال في الحواشي لان الاخبار
لاظهار ما كان او سيكون لا لاثبات ما لم يكن الا ترى انك تقول لك قمت
وقعدت لا يوجد القيام والقعود فكذا قولك زوجت وتزوجت
لا يثبت النكاح باعتبار الوضع وانما ثبت النكاح بهذا اللفظ لانه
جعل انشا في الشرع للحاجة قلت صيغة زوجت وتزوجت وبعت
واشتريت وطلقت واعتقت تستعمل في اللغة والوضع للاخبار

والانشا فان ذلك كان عندهم معروفا في الجاهلية فالشرع قررها لانها كانت
للاخبار لا غير فجعلت للانشا في الشرع للحاجة فان الحاجة كانت متحققة
في الجاهلية وكان لهم انكحة معتبرة قال عليه السلام ولدت من نكاح ولم
اولد من سفاح ثم الفرق بين الخبر والانشا من اربعة اوجه الاول الوجه
الاول ان الانشا سبب لمدلوله وليس للخبر سببا لمدلوله فان العقود
اسباب لمدلولاتها ومتعلقاتها بخلاف الاخبار الوجه الثاني ان الانشاات
تتبعها مدلولها والاخبارات تتبع مدلولاتها بيانه ان الاول الملك
والطلاق مثلا يثبتان بعد صدور صيغة البيع والتطليق وفي الخبر
مثله فان قولنا قام زيد تبع لقيامه في الزمن الماضي الوجه الثالث ان الانشا
لا يحتمل التصديق والتكذيب فلا يحسن ان يقال لمن قال لامراته طالق
ثلاثا صدق ولا كذب الا ان يريد الاخبار عن طلاق امراته الوجه
الرابع ان الانشا يقع منقولا غالبا عن اصل الوضع في صيغ العقود
والطلاق والعتاق ونحوها ولهذا لو قال لامراتيه احداكما طالق
احداكما طالق مرتين جعل الثاني خبرا لعدم الحاجة الى النقل وقد
يكون انشا بالوضع الاول كالاوامر والنواهي فانها للطلب
بالوضع اللغوي الاول والخبر يكفي فيه الوضع الاول في جميع صوره
قال شهاب الدين القرافي رحمه الله في القواعد اعتقد جماعة من الفقها
ان احتمال الخبر للصدق والكذب مستفاد من الوضع اللغوي وليس
كذلك بل لا احتمال للخبر من حيث الوضع الا الصدق لاتفاق اهل
اللغة والنحو ان معنى قولنا قام زيد حصول القيام منه في الزمن
الماضي ولم يقل احد منهم ان معناه صدور القيام او عدمه وكذا
معنى سيقوم زيد صدور القيام منه في المستقبل الا ان معناه
صدوره او عدم صدوره وكذا ان زيد في الدار معناه لغة
استقراره فيها فثبت ان معنى الخبر المثبت انما هو في اللغة الصدق
دون الكذب ومعنى قولهم في خبر من يجوز عليه الكذب هو محتمل
الصدق والكذب ان ذلك من جهة المتكلم لا من جهة الوضع اللغوي
فعلى هذا يستقيم قول محمد في الجامع اذا اخبر تمام ان فلانا قدم
يحتمل الصدق والكذب لانه مستعمل فيهما من جهة المتكلم والمخاطب
ثم ان صيغ العقود كزوجت وبعت واشتريت وانت حر وامراته

طالق

طالق ونحو ذلك هل هي انشا ام خبر فقال قال الحنفية انها اخبارات على
اصلها اللغوي وقال غيرهم انها انشاات منقولة عن الخبر قال
هذا هو قول الحنفية كما ذكره صاحب الكتاب وغيره ولم اقف عن
الحنفية على ما نقله عنهم واستدل بهذا القول باموور
احدها انها لو كانت اخبارا لكانت كاذبة فانه لم يقع قبل
ذلك الوقت ولم يطلق والكذب لا عبرة به لكنها معتبرة فدل
على انها انشاات لحصول لوازم الانشا فيها وثانيها انها لو
كانت اخبارا لكانت اما كاذبة ولا عبرة بها او صادقة فتكون
موقوفة على تقدم احكامها فاحكامها حينئذ اما ان تتوقف
عليها ايضا فيلزم الدور او لا يلزم عليها ولا يتوقف عليها
فيلزم ان يطلق امراته ويعتق عبده وهو ساكت وثالثها
لو كانت اخبارات فاما ان تكون خبرا عن الماضي او الحاضر وحينئذ
تعذر تعليقها على الشرط لان الشرط لا يكون الا مستقبلا
او خبرا عن المستقبل وحينئذ لا تزيد على التصريح بذلك وهو لو
صرح وقال لامراته ستكون طالقا لم تطلق فكذا ما كان بمعناه
ورابعها لو قال لمطلقته في العدة انت طالق لزمه طلقة اخرى
باعتبار الانشا ولو كان خبرا لم يلزمه لتوقفه لصدق الخبر بدونها
وخامسها قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن والطلب للانشا بلا
خلاف وسادسها ان الانشا هو المتبادر الى الفهم في العرف فوجب
ان يكون منقولا اليه عملا بالتبادر الراجح قال والجواب للحنفية
اما الاول فانما يلزم ان يكون كذبا ان لو لم يقدرها صاحب
الشرع تتقدم مدلولاتها قبل النطق بها ووجب ان يقدر
ذلك لضرورة تصديق المتكلم بها والاضمار اولى من النقل لما عرف
في اصول الفقه ولان جواز الاضمار مجمع عليه والنقل مختلف فيه
والمجمع عليه اولى واذا كان المدلول عليه مقدرا قبل الخبر كان صادقا
صدقا فلا يلزم الكذب ولا النقل للانشا وبقيت اخبارا ولم تخرج
عن موضوعاتها اللغوية وعملنا بالاصل في عدم النقل وانتفا الغنى
وعن الثاني ان الدور غير لازم لان التطليق باللفظ لا يتوقف على
شي وبعده يقدر لتقدم المدلول وبعد تقدير المدلول يحصل

الصدق ويلزم الحكم فالصدق متوقف مطلقا واللفظ متوقف عليه
مطلقا والتقدير متوقف على النطق ويتوقف عليه الصدق فهنا
ثلثة امور مرتبة بعضها بعد بعض وليس فيها ما هو قبل الاخر
وبعده حتى يلزم الدور بل هي كالابن والاب والجد في الترتيب
والتوقف ما بين الدور وعن الثالث اما بالتزام انها اخبارات
عن الماضي ولا يتعذر التعلق وبيانه انه ماض بالتقدير لا بالتحقيق
ومثله يدخله حرف الشرط وينقله الى الاستقبال بخلاف الماضي
المحقق وعن الرابع ان اراد به الاخبار لم يلزمه طلقة اخرى وان
قصد الاخبار لم يلزمه طلقة اخرى وان قصد الاخبار في طلقة
ثالثة فيحتاج الى التقدير لصحة التصديق فيلزمه الثانية
بالتقدير كالاولى فحق لكم ان ما تقدم من الطلاق يستغنى عن التقدير
غير مسلم وعن الخامس ان الامر متعلق بايجاد خبر مقدر ذكرتموه
وهو ممكن فلا حاجة الى النقل ومخالفة الاصل قال فهذه اجوبة
حسنة للحنفية متجهة صحيحة وهذا التخيير هذه المباحث من
الجهتين على اتم الوجوه ولم اراها لاحد من الحنفية والشافعية
ولا لغيرهم واعتمد على السادس قوله وينعقد بلفظين يعبر
باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني
فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالتزويج فقوله زوجتك ينعقد
النكاح به وحده ويقوم مقام الايجاب والقبول والواحد في النكاح
يتولى طرفي عقد النكاح فلم يكن انعقاده بلفظين وانما اللفظ الاول
توكيل منه لا غير بخلاف البيع فانه لا يتولى فيه الواحد طرفي العقد
الا الاب والجد استحسانا والفرق بين النكاح والبيع من ثلثة اوجه
اولها ان الحقوق في البيع يتعلق بالوكيل فلو تولى الواحد طرفي البيع
افضى الى التنافي ولا كذلك فان وكيل الزوج لا يطالب بتسليم المهر
ولا غيره من حقوقه ولانه سفير فيه وكذا وكيل الزوجة لا يطالب
بتسليمها بل هو سفير ومعبر عنها ثانيها ان قوله في البيع بعني
محمول على السوم فلم يكن توكيلا بخلاف النكاح فانه لا يحمل على السوم
لتقدمه عليه في ذلك عادة ثالثها ان في النكاح لو لم ينعقد
العقد بذلك واحتاج الى ان يقول بعد قول الولي زوجتك قبلت

فربما

فربما امتنع عن القبول فيلحق الولي بذلك العار والشين فيقال
زوجه ثلثة منه فلم يقبله بخلاف البيع حيث لا عار في رده وكذا
لو قال الزوج جيتك لتزوجني ابنتك او جيتك خاطبا ابنتك
فقال الاب زوجتك صح النكاح ولزم وكذا لو قال لامراة ازوجك
على الف درهم فقالت قد تزوجتك على ذلك صح لان النكاح لا يحضره
السوم فكان الظاهر من جميع ذلك الايجاب ذكره الاسبيجابي وغيره
وفي الينابيع يريد بالاستقبال لفظ الامر وينعقد باللفظ
الصالح والاستقبال مثل قوله اتزوجك وانكحك وجيتك لتزوجني
ابنتك فقال الاب قد زوجتك فالنكاح لازم في ذلك كله ذكره
في الينابيع وقوله لتزوجني لا يحتمل الحال الا ان لام كي تخلص
للاستقبال وعن محمد اخطبك على الف فقالت قد فعلت لا يصح
حتى يقول الزوج قد قبلت وفي الخلع هذا لازم وفي المرغيناني
ان اراد به الحال ينعقد النكاح وفي خزانة الاكمل اتزوجك
بكذا وخلعتك على كذا فقالت قد زوجتك نفسي صح وهذا
استحسان بخلاف البيع والخلع ذكره السرخسي وفي المرغيناني
ينعقد بقوله زوجت ويقول الاخر قبلت وقال اتزوجك فقد
فعلت وفي الذخيرة اتزوجك بكذا فقالت قد فعلت ولو قال
خطبتك بالف فقالت زوجت نفسي منك كان نكاحا ولو قال
اعرسك لنفسي فقالت قبلت ينعقد وفي خير مطلوب عن ابي حنيفة
قال زوجني بنتك او جيتك خاطبا او جيتك لتزوجني
بنتك فقال قد زوجتك صح قال زوجتك بنتي بالف فقال قبلت
وسكت عن المهر صح وان قال قبلت ولا اقبل المهر لا يصح لانه رد
وعن ابي حفص الكبير لان المال في النكاح تبع قال المرغيناني
لو قال زوجني ابنتك فقال ارفعها واذهب حيث شيت
بحضرة الشهود لا ينعقد وقال الامام محمد بن الفضل ينعقد في
الذخيرة صوت امراة لي فقالت نعم او صرت اختار المشايخ انه
ينعقد قال زوجت ابنتي ولم يرد فقال ابو الصغير قبلت يتعين للاب
الا ان يقول قبلت لابني وهذا يدل على ان من قال بعت هذا فقال
الاخر قبلت واشتريت يصح وان لم يقل بعته منك اذا كان بينهما مقدمات

المبيع قالت تزوجتك على كذا ان اجاز ابى او رضى فقال قبلت لا يصح
ولو كان ابوها حاضرا فى المجلس فقال اخترت او رضيت جاز وفى جوامع
الفقه قال ان زوجتك او زوجتنى نفسك او جيتك خاطبا او رضيت
او خطبتك الى نفسى فقالت قبلت او فعلت ذكر المهر او لم يذكر
صح وكذا لو قال الرجل زوجت نفسى منك فقالت قبلت يصح وفى
قنية المنيه قالت لرجل تزوجتك على عشرة دنانير فقال الرجل
زوجت نفسى منك يجوز ولا فرق بين ان يكون ذلك من جانبه
او جانبها وفى البدايع ينعقد بلفظين ماضيين مثل زوجت
وتزوجت وبلفظين ويعبر باحدهما عن الماضى وبالاخر عن المستقبل
مثل زوجنى ابنتك فيقول زوجتك او يقول جيتك خاطبا ابنتك
او جيتك لتزوجنى ابنتك فيقول الاب زوجتك او يقول لامراة
اتزوجك على الف فيقول قد زوجتك على هذا او يقول لها زوجينى
او انكحينى نفسك فيقول زوجتك او انكحتك ينعقد استحسانا
وفى القياس لا ينعقد لان الاول غيره اذ الامر للاستقبال وجه
الاستحسان انه توكيل على ما مر ولو قال وكلتك بان تزوجينى
نفسك فقالت زوجتك نفسى انعقد ذكره فى النافع وفى المرغينانى
حسان صغيران قال ابو احدهما زوجت ابنتى هذه من ابنك هذا
وقبل ثم ظهر ان الجاريه كانت غلاما والغلام جاريه جاز النكاح وفى
قنية المنيه قال شرف الايمة النكاح جايز عندى لان تزوجت يصلح
للجانبين فى جواز النكاح وقال العتابى ان ظهر الزوج غلاما والزوجه
جاريه جاز والا فلا وفى جوامع الفقه لو قال هذه زوجتى بحضرة
الشهود وصدقته لا يصح على المختار بينه وبين الله ولو قال تزوجتك
ان رضيتى او رضى فلان وهو فى المجلس فقالت رضيت او قال رضيت
جاز وفى القنيه قام احد الزوجين قبل القبول بطل وفى بطلان
البيع به روايتان وفى البدايع والنوادر فى القبول ليس بشرط عندنا
خلافا للشافعى وبالاول قال ابن حنبل وفى جوامع الفقه قال زوجت
ابنتك من ابنى اليس هكذا فقال نعم قال ابن سلام يجب حد ولد له
بنت واحده فقال نعم زوجتك بنتى صح وان كان له بنتان لم يصح تزوج
حاضرة متعينة لم يعرفها الشهود ولم يذكر اسمها ونسبها يجوز الا

عند

عند نصير بن يحيى له بنت واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتى
عايشه لم يصح الا ان يقول عايشه هذه لان الاسم لغو فى المشار
اليها تزوج امراة فى بيت فقبلت وليس معها غيرها وسمعوا كلامها
صح وان كان معها غيرها لم يصح الا اذا عرفوا كلا منها سميت فى الصغر
باسم وفى الكبر باسم زوجت بالاعرف قالت زوجت نفسى بعد انقضا
عدتى لا يصح وكما لا يصح تعليق النكاح بالشرط لا يجوز اضافته الى
وقت سيقبل له بنتان ام ولد زوج فقال زوجتك بنتى ولم
يسمها ح زوجت نفسها منه فلم يقبل شيا بل دفع اليها المهر
فى المجلس فهو قبول قاله برهان الدين السمرقندى وبرهان الدين
صاحب المحيط وقال القاضى بديع الدين لا ينعقد قال لامراه
السلام عليك يا زوجتى فقالت السلام عليك يا زوجى لا ينعقد ذكره
على السعدى ويستحب ان يكون النكاح ظاهرا وان يكون قبله خطبه
وان يكون عقده يوم الجمعة وان يتولى عقده ولى رشيد وان يكون
بشهود عدول واوجب داود وحده الخطبه فى النكاح
واتفقت الايمة الاربعة على استحبابها عند العقد واستحبها
مالك عند الخطبة ايضا وفى المغنى اذا قال الخاطب للولى
ازوجت فقال نعم وقال للزوج اقبلت فقال نعم كان ذلك نكاحا
لان نعم مفردة لما سبقها وقال الشافعى لا ينعقد بذلك وان قال
زوجتك ابنتى فقال قبلت ينعقد وهو قول مالك فى الذخيرة
وابن حنبل فى المغنى وقال الشافعى لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا
النكاح او نكاحها قال فى المنهاج على المذهب ولو قال زوجتك
بنتى فقال قبلت هذا النكاح او نكاحها صح ولو تقدم القبول
على الايجاب بان قال تزوجت ابنتك فقال زوجتها او قال
زوجنى ابنتك فقال زوجتكها ينعقد عند الايمة الثلاثه
وقال ابن حنبل لا ينعقد واتفقوا على انه لو قال زوجتك بنتى
فقال زوجنى او قال قبلت فقال زوجتك لا ينعقد وفى المنهاج
لو قال زوجنى فقال زوجتك او قال الولى تزوجها فقال تزوجت
صح ويصح نكاح الهازل والمحلل وبه قال ابن حنبل وهو المشهور
من مذهب مالك ذكره فى الذخيره قال عليه السلام ثلثة جدهن

حد النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي وهو حجة على الشافعي
في النكاح قوله وينعقد بلفظ الانكاح والتزويج والهبة والصدقة
والتمليك وفي الذخيرة روى الحسن عن ابي حنيفة ان كل لفظ يملك به
شيء ينعقد به النكاح وهذه الرواية تدل على لفظ لك جواز النكاح
بلفظ الاجارة قال المرغيناني ينعقد بلفظة الاجارة وعن ابي حنيفة
ومحمد لا ينعقد وهو الصحيح والاول محكي عن الكرخي وكان يقول
المستوفى بالنكاح منفعة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح اجرا
بقوله فآتوهن اجورهن فكان النكاح بمنزلة الاجارة ذكره عنه
في المبسوط وكذا الاعارة عنده وفي رواية ابن رستم عن ابي حنيفة
كل لفظ يملك به الرقاب ينعقد به والا فلا وهذا يدل على عدم
جواز النكاح بلفظة الاجارة والاعارة ولو قالت بعتك نفسي او قال
الاب بعتك ابنتي بكذا او قال الرجل اشتريتك بكذا فاجابت بنعم
فقد اختلف فيه المشايخ وكان ابو القاسم البلخي يقول بجوازه واليه
اشار محمد في كتاب الحدود وقال اذا زنى بامرأة ثم قال تزوجتها او
اشتريتها فسوى بينهما وقال يسقط عنه الحد فيهما بجعله
دعوى النكاح وهو رواية ابن رستم عن ابي حنيفة وهو الصحيح
ذكره في الذخيرة وغيره وقال الناطفي في هدايته كل لفظ موضوع
في الاعيان لتمليك العين ينعقد به النكاح وان كان يفيد تمليك
المنفعة لا ينعقد وقال ابو بكر الاعمش لا ينعقد بلفظ البيع
لانه لتمليك المال في المال والمملوك بالنكاح منفعة وهي غير مال
قلنا منافع البضع ملحقة بالاجزاء ايضا كالولد حتى لو وطئت بشبهة
كان العقر كالولد وفي جوامع الفقه وينعقد النكاح بكل لفظ
شرع لتمليك العين بغير بينة اذا ذكر معه المهر كالبيع والهبة
والصدقة وان لم يذكر المهر ينعقد بالنية وفي المبسوط والمحيط
الالفاظ التي ينعقد بها النكاح نوعان صريح وكناية فالصريح
لفظ النكاح والتزويج عرفا وشرعا وكناياته ثلثة انواع ما ينعقد
به وما اختلفوا فيه اما الاول فالتمليك والهبة والصدقة ونحوها
اذ البضع يصير مملوكا للزوج في حق الاستمتاع فاذا ثبت الملك
ثبت الحل والازدواج واما ما لا ينعقد به فالاحلال والاباحة والتمتع

والخلع

والخلع والاقالة والاجارة بالزاي والرضى والابراء والشركة والاعتاق
والكتابة والولاء والايداع وما اختلفوا فيه البيع والشرى وقد
تقدم وفي البدايع والتحفة ينعقد النكاح عند الكرخي بلفظة
الاجارة والاعارة وعند عامة الاصحاب لا ينعقد بهما لان التابيد
فيه شرط والتاقيت شرط صحة الاجارة بتمليك المنفعة ومنفعة
البضع ملحقة بالاعيان والاجزاء وفي القرض قيل ينعقد لانه اعارة
وقيل ينعقد به لانه يفيد ملك الرقبة للمستقرض وفي المرغيناني
ينعقد على قياس قول ابي حنيفة ومحمد لانه عندهما بالقبض
وبلفظة السلم قيل لا ينعقد لان السلم في الحيوان لا يجوز وقيل ينعقد
به لانه يفيد ملك الرقبة وينعقد السلم في الحيوان حتى لو قبضه
ملكه ملكا فاسدا واختلفوا في الصرف قيل لا ينعقد لانه عقد خاص
في احد النقدين وقيل ينعقد به لانه يفيد الملك في العين ففي
المنفعة اولى ولا ينعقد بالوصية لانها عقد مضاف في وضعه
وعن الطحاوي انه ينعقد بهما وحكى ابو عبد الله البصري عن الكرخي
انه ان قيد الوصية بالحال بان قال اوصيت لك بابنتي هذه
الان ينعقد وفي الهبة ان قال وهبت امتي لك ان كان هناك
قرينة مثل تسمية المهر واحضار الشهود يدل على النكاح صح
وكذا ان لم يكن ثمة قرينة لكن نوى بها النكاح وصدقه الموهوب
له فكذلك والا كان هبة وفي الذخيرة قال طلب من امراة زنا
فقالت وهبت نفسي لك قيل لا يكون نكاحا بل يكون تمكينا من الزنى
لكونه جوابا له واذا اطلق الوصية او اضاف بان يكون قال اوصيت
لك ببضع ابنتي بالف درهم بعد موتي قيل لا ينعقد فاذا وصيت لك
ببضع امتي للحال بالف وفي التحفة اولم يذكر المال وقيل ينعقد
النكاح قال في الذخيره ذكره شيخ الاسلام وهكذا حكاه الجرجاني
وذكر السرخسي مطلقا انه لا ينعقد بلفظة الوصية وفي الرهن
اختلاف المشايخ وقال الجرجاني لا ينعقد بالاقالة لانها موضوعة
للفسخ وكذا الصلح لكونه لاسقاط الحق لا لابتداء العقد وقال
السرخسي ينعقد بلفظة الرد وصورته طلق امراته ثانيا فقالت
رددت نفسي عليك بكذا كان نكاحا اذا قبل وفي الذخيرة قال ان زوجتك

متعة لا ينعقد وفي الهار ونيات عنه ينعقد ويلغو لفظة المتعة وفي
المنتقى اتزوجك متعة فهو باطل وفي المرغيناني اتمتع بك مدة كذا
لا ينعقد الا اذا كانا لا يعيشان الى تلك المدة غالبا كما في ستة وثلثمائة
سنة لانه مؤبد حكما وفي الذخيرة قال زوجت بنتي من ابنك فقال قبلت
ولم يقل الابن يجوز النكاح لابيه وكيل قال هب ابنتك لي على وجه العقد
دون الخطبة فقال وهبت ينعقد النكاح بينهما للوكيل لا للموكل وكذا
لو قال الوكيل بعد ذلك قبلت لموكلي فلان لانه لما قال ابنتك لي فقال الاب
وهبت تم العقد من غير قبول الوكيل ولو قال هب ابنتك لفلان فقال
الاب وهبت لفلان لا ينعقد ما لم يقل الوكيل قبلت وفي المرغيناني عن ابي
الليث قال هب ابنتك لابني فقال وهبت لم يصح ما لم يقل ابو الصغير
قبلت وانه يخالف تعليل المسئلة الاولى وينبغي ان ينعقد ولا يتوقف
على قبوله هكذا ذكره في الذخيرة ولو قال وهبتها لك فقال قبلت
لابني صح لابنه كانه قال لاجلك كما لو قال اجنبي للشفيع سلم الشفعة
للمشتري فقال سلمتها لك او وهبتها لك سقطت صالح امراة على
مائة درهم على ان تقر له بالنكاح فاقرت فهذا النكاح جائز والمال لازم
وهذا الاقرار منها بمنزلة انشاء النكاح لكونه مقرونا بالعوض
والاقرار الذي هذا حاله عبارة عن تمليك مبتدا في الحال الا ترى بان
من قال لغيره اقر لي بهذا العبد على ان اعطيك مائة درهم كان بيعا
حتى لو قال الحصاد لا يجوز واذا كان بحضرة شاهدين وسعه المقام معه
قال لامراة هذه امراتي وقالت هذا زوجي بحضرة الشهود لا يكون ذلك
نكاحا وفي فتاوى النسفي فيه اختلاف المشايخ وقال المرغيناني النكاح
لا ينعقد بالجعل قال في الذخيرة هذا ليس بصحيح وفي نوادر ابن رستم
عن ابي يوسف اذا قالت المراة لرجل جعلت نفسي لك بالف بحضرة الشهود
فقال قبلت يكون نكاحا وذكر السرخسي في دعوى الجامع اذا قال لغيره
جعلت ابنتي هذه لك بالف كان نكاحا والعبرة في العقود للمعاني وفي
جوامع الفقه وينعقد بلفظة الجعل بان قالت جعلت نفسي زوجة
لك وبلفظة الرجعة ان كانت مبانة وفي المحيط قال لامراة راجعتك
كان نكاحا فانه نص في الجامع على ان من قال لمطلقته المبانة ان راجعتك
ينصرف الى النكاح وفي خزانة الاكمل عن ابي حنيفة اذا قال راجعتك

بحضرة

بحضرة الشهود بالف ورضيت يكون نكاحا فروع عقدا بلفظ لا
يفهمان كونه نكاحا ولا يعلمان به اختلف المشايخ فيه بقولنا انه
ينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والصدقة والتمليك ونحوها
قال مجاهد والثوري والحسن بن صالح ومالك وابو ثور وابو عبيد
وداود ذكره في المغني وفي الجواهر كل لفظ يقتضي التمليك على
التابيد كالنكاح والتزويج والتمليك والبيع والهبة ونحوها يصح
النكاح وقال القاضي ابو الحسن وبلفظ الصدقة وقال الاصحاب
ان قصد بلفظة الاباحة النكاح انعقد سواء ذكر الصداق في الهبة
والصدقة ام لا وقال الشافعي ينعقد بكل لفظ يفيد التابيد
كالهبة والبيع وغيرهما قاله القاضيان ابن القصار وابن بكير
وفيه اضطراب كبير عند المالكية وفي المحلى لابن حزم لا يجوز النكاح
الا بلفظ الزواج او الانكاح او التمليك او الامكان ولا يجوز بغير
تلك الالفاظ الاربعة وقال الشافعي وابن حنبل لا ينعقد الا بلفظ
التزويج والانكاح قال في المغني وهو قول سعيد بن المسيب وعطا
والزهري وقال ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه عن سعيد بن المسيب
وطاوس والحكم وحماد والشعبي وعطا في المراة تهب نفسها
لرجل بغير صداق قالوا لا يجوز بغير صداق الا لرسول الله صلى الله
عليه وسلم وقال ابن المسيب ولو اصدقها سوطا حلت له وقال
وقال الشعبي لها مثله ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول
بها فدل على صحة النكاح بالهبة وانما عدم وجوب المهر بالهبة
خاص برسول الله صلى الله عليه وسلم احتج الشافعي بقوله تعالى فانكحوا ما
طاب لكم من النساء وبقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وبقوله تعالى
زوجناكها وزعم انه لا يعبد فلا يتعدى ما ورد به الكتاب العزيز
والمدرك الثاني ان الاشهاد واجب فاذا كان لفظا كناية يحتاج فيها
الى النية ولا يطلع على النيات ذكر التعليلين في البسيط ولان الشرع
ورد بالتزويج وهو التلفيق وبالنكاح وهو الضم على ما تقدم ولا ضم
ولا ازدواج في التمليك واخواته ولهذا لا يجوز استعمال التزويج والنكاح
في ملك الرقبة فكذا عكسه ولنا ما ثبت في صحيح البخاري قول المراة التي
قالت جئت اهب نفسي لك يا رسول الله يدل على جواز النكاح بلفظ الهبة

وفيه قال عليه السلام لذلك الرجل امكناكها بما معك من القران وفي صحيح
البخاري ملكتكها بما معك من القران فقد باشر النبي صلى الله عليه
وسلم عقد النكاح بلفظ الامكان والتمليك فدل على انه لا يختص بلفظ
التزويج والانكاح وقد ورد القران بلفظ الهبة وليست الهبة
من جهة اللفظ مختصة برسول الله صلى الله عليه وسلم وانما الاختصاص
والخلوص في سقوط المهر والبدل الذي لا يجوز خلو النكاح عنه
في حق غيره ويدل عليه امران الاول قوله تعالى لكيلا يكون عليك حرج
والحرج انما يكون في وجوب المهر لا في شرعية النكاح وانعقاده
بلفظ الهبة اذ لا فرق بين قولها وهبت لك نفسي وبين زوجت
في اللفظ والثاني الخلوص بامرين الانعقاد بلفظ الهبة وشرعيته
بغير مهر يلزم كثرة الاختصاص بغير دليل مع ان الاصل عدم
اختصاصه عن امته ووجه اخر انه تعالى قال ان اراد النبي ان يستنكحها
فجعل هبتها نفسها له نكاحا فوجب ان يكون ذلك عاما لقوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء قيل الواهبة نفسها لرسول الله
صلى الله عليه وسلم ميمونة بنت الحارث وقال علي ابن الحسين رضي الله
عنهما هي ام شريك الدوسية وقيل زينب بنت خزيمة الانصارية
واعترضوا على قوله عليه السلام ملكتكها وعلى امكناكها وقالوا
روى مسلم وابو داود زوجناكها والاول وهم من معمر رحمه الله
قلنا قد ذكره البخاري في صحيحه في غير موضع عن غير معمر فبطل
دعواهم الوهم على غير معمر قال ابن حزم لان عليه السلام اذا تكلم
بالكلمة اعادها ثلثا حتى تفهم عنه فهذه الالفاظ كلها قالها عليه
السلام معلما لنا ما ينعقد به النكاح ودفع البعض ودعوى
صحة البعض تحكم فان كان نادر وا بالمعنى فقد فهموا ان هذه
الالفاظ في انعقاد النكاح بها على حد سوى في المعنى والاعتبار
للمعاني دون التقييد باللفظ ولان قول من روى ملكتكها
او امكناكها اولى بالقبول لان رواية من روى زوجناكها
ماخوذة من المتعارف بين الناس بخلاف التمليك والامكان ويبطل
قولهم ان يتقيد بما ورد به لفظ القران بانعقاده بالفارسية مع
قدرته على العربية والجواز هو الظاهر هكذا في المبسوط وقال

النواوي هو الاصح قال صاحب المبسوط ودعوى التعبد على هذا عسير
وقال الاصطخري من لا يحسن العربية فليصبر او يوكل من يعقد له
بلغة العرب قال الغزالي وهذا نهاية الغلو والجواب عن قولهم
الثاني ان الاشهاد واجب فيه ولا يطلع على النيات من وجهين
احدهما ان النية ليست بشرط في كناياته مع ذكر المهر على
ما تقدم فبطل ما ذكره الثاني ايضا ولان الغرض فيما اذا قال
الموجب بالكناية اردت بها عقد النكاح فلا اعتبار حينئذ
الا لافراده بالتزام صحة النكاح بالكناية وفي اصول الفقه
للسرخسي النكاح موجب ملك المتعة وهذه الالفاظ في محل ملك
المتعة تبعا لملك الرقبة فانها توجب ملك الرقبة وملك
الرقبة يوجب ملك المتعة في محله فكان بينهما اتصال من حيث
السببية وهو طريق صالح الاستعارة ولا حاجة الى النية لان
المحل الذي اضيف اليه متعين لهذا المجاز وهو النكاح ولان
حاجة الى النية انما يكون عند الاشتباه والازدحام لا التعيين
والجواب عن قولهم ولهذا لا يستعار التزويج والنكاح لملك الرقبة
من وجهين احدهما ان التزويج والنكاح علم على ملك المتعة فلا
يستعمل في العتق عندنا والثاني ان ملك الرقبة اقوى فلا يثبت
الادنى عن الاقوى ولهذا يمنع ورود عليه واذا طرا عليه ابطله
فاذا ثبت ان تلك الالفاظ سبب لملك المتعة عند عدم المانع
الشرعي فاطلاق السبب وارادة المسبب من اقوى طرق المجاز
ولا مانع من صحته ويدل عليه قول المراة التي وهبت نفسها لرسول
الله صلى الله عليه وسلم وارادت بها النكاح ولو لم يجز هذا اللفظ في
افادة النكاح مطلقا لما اقرها عليه السلام حين سمعها ولرده
عليها طريقه عن نوبة النكاح احد الطرفين وهو طرف العقد
فوجب ان يعتمد بكنايته كطرف المحل الاخر ولان قابله محل الملك
ولا يختص باللفظ الموضوع له لا جرم جلب الملك لا يختص بلفظ ايضا
ودعوى اختصاص البعض دون البعض تحكم لا شك فيه طريقة اخرى
انفرد بها الامام زيد الدبوسي من اهل ما وراء النهر قال ملك
الرقبة سبب لملك النكاح فان وطي الجارية جائز بملك الرقبة

والاسباب كنايات عن المسببات كالجماع يسمى مسيسا والعنب يسمى
خمرا والمطر سما واذا كان المحل لا يقبل الحقيقة جعل كناية ومجازا
عما نقله كالو حلف لا ياكل من هذه النخلة انصرف ما يخرج منها
بدون النية لان اللفظ اذا لم يحتمل الا وجها واحدا استغنى
عن النية كما يستعمل اسم الاسد في الشجاع والحمار في البليد بغير
نية لتعين المعنى في العرف وذكر ابو بكر بن العربي عن الطوسي
حكايات في ذلك وضعفها كلها وعن ابي المعالي ايضا وقال عول على
مناقضات مع ابي حنيفة رضي الله عنه قال وكذا فعل اهل
خراسان كلهم وبعض المالكية **قوله** ولا ينعقد نكاح المسلمين
الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل
وامراتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف
اعلم ان الشهادة في النكاح شرط عندنا واليه ذهب سعيد بن
المسيب وجابر بن زيد والحسن البصري وابراهيم النخعي وسفيان
الثوري والاوزاعي وقتادة والشافعي وابن حنبل حكاه ابن المنذر
في الاشراف وقال عبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون وعبد
الله بن الحسن وابو ثور يجوز بغير شهود وزوج ابن عمر بغير شهود
وكذا فعل الحسن بن علي وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال ابن ابي
ليلى وعثمان البتي ذكره السرخسي وقالت طايفة يجوز بغير
شهود اذا اعلنوه وهو قول الزهري ومالك واهل المدينة
وقال ابو بكر بن المنذر واجاز ابو حنيفة واصحابه بالمحدودين او
محدودين في القذف او فاسقين المجمع على رد شهادتهما وابطلوه
بشهادة العبدين وقد اختلفوا في شهادتهما قلت ما اجهله
واكثر تخليطه بما لا يعرفه والمراد بالمحدودين التايبان والا فلا
فايدة في ذكرهما مع ذكر الفاسقين وشهادتهما مقبولة عند
جماعة من العلما بعد التوبة منهم الشافعي والفاسق له شهادة
حتى لو حكم به حاكم نفذ حكمه قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا
فتبينوا امروا بالتثبت والتبين ولم يامرنا بالدفع والرد
بخلاف العبدين فان الشهادة من باب الولاية اذ فيها الزام على
الغير والعبد ليست له ولاية على نفسه فكيف يثبت ولايته

علي

على غيره وقد جازفت في نقل الاجماع في رد شهادة المذكورين قال
ولم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في اشتراط الشاهدين
في النكاح خبر وكان يزيد بن هارون يعيب على اصحاب الراي ويقول
امر الله بالاشهاد في البيع ولم يامر بالاشهاد في النكاح فزعم اصحاب
الراي ان البيع بدونه جايز والنكاح بدونه فاسد قلت لجهله
اكثر من جهل ابن المنذر لان الامة قاطبة فهمت ان الامر في الاشهاد
على التبايع امر استحباب ويزيد ليس له من الفهم الا التعليق
بالصورة دون المعاني وجمهور العلما واهل الفتوى على اشتراط
الاشهاد في النكاح كما تقدم وطعنه هذا طعن على الذين ذكرناهم
من السلف الصالح ولا يخص ابا حنيفة واصحابه واجاز النكاح
بشهادة رجل وامراتين معنى الشعبي وداود واصحابه وكذا
في اشارة ابن حنبل ذكره في المغني واختاره ابو محمد بن حزم وجوزه
بشهادة اربع من النسا وقال امام الحرمين في النهاية لا ينعقد
بحضور الفاسقين لان الشهادة فيه معقوله المعنى وهو صون
العقد عن الجحود لان العقد لا يثبت بشهادتهما قلت هذا باطل
بالمستورين فانه لا يثبت بشهادتهما عند الجحود ويصح العقد
بحضورهما وبابني الزوجين وبعدوهما على الاصح ولا يثبت بهما
وبابنا الزوجين بمنزلة الاعميين وهو في نهاية الرداءة
الا ان يسلك فيه مسلك ابي حنيفة واصحابه انه تعبد لا يعقل
معناه قلت ليس كما ذكره بل هو معقول المعنى عندنا من وجهين
احدهما هو اظهار خطر البضع وتعظيمه بان لا ينفرد احد بعقد
النكاح بل يتوقف صحته على شاهدين بخلاف البيوع والاجارات
وساير العقود فكان له بذلك مزية على غيره من العقود والوجه
الثاني ان النكاح بذلك يخرج عن السفاح لحصول الاعلان به
والزنا لا يكون الا زنا ولو شرط كتمان العقد مع حضور
شاهدين صح العقد عندنا وهو قول الشافعي وابي سليمان الخطابي
والظاهرية وابن المنذر وقال مالك يفرق بينهما وفي المبسوط
وسر الثلاثة غير الحنفي وفي المحلى الا كل سر حاور اسر سابع وقال
ابو عمر بن عبد البر وروي عن ابن عباس وابن عمر وابي هريرة رضي الله

عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدين
عدلين قال وهو ضعيف لا يثبت وقال امام الحرمين في النهاية ان
النكاح هو المعنى بالاحتياط دون الثبوت عند جحد احدهما فانه
لا يشترط الشهادة على رضى المراة واذنها وانما يثبت النكاح عليها
اذا جحدت بعد ثبوت احدهما اذنها والاشهاد على اذنها غير
مشروط فلم يكن اشتراط الشهادة للنكاح لاجل اثباته عند الجحود
اصلا ويدل عليه حديث ابي هريرة عن ابي سعيد قال لا نكاح الا
بولي وشهود ومهر الا ما كان من النبي صلى الله عليه وسلم ولم يرفعه
الدارقطني وذكر شمس الدين سبط ابن الجوزي عن الدارقطني
رفعه ولا اصل له ويأتي الكلام عن ذلك في باب الاولياء والاكفاء
مستوفا ان شاء الله تعالى وفي المشكلات وينعقد بشهادة الاخرسين
والمغفلين وابني الزوجين وابني الزوجة وابنتها وفي المغني
في شهادة عدوين وابني الزوجين او احدهما وجهان واختار
الانعقاد ابو عبد الله بن بطة ولا ينعقد عند الجماعة بالعبدين
والمكاتبين والمدبرين والصبيين والاصمين في المختار وفي المغني
ولا ينعقد بشهادة اصمين ولا بشهادة اخرسين وفي انعقاده
بشهادة مراهقين احتمال وينعقد بشهادة عبدين واعميين
وهو احد الوجهين للشافعية كالشهادة بالاستفاضة هذا
اذا علما صوتهما وفي النهاية واجمعوا على انه لا ينعقد بشهادة
الاصمين واقصى الامكان ان الاصم حضوره كغيبته قال وليس
يبعد على مذهب البعيد الاكتفا بحضور من لا يسمع ولو كانت الحكمة
السر الاثبات عند الجحود لا يعقد بحضور مراهقين وفاسقين
لانه يصح منهم الادا اذا بلغا وتاب الفاسقان وفي الذخيرة
لا ينعقد النكاح بشهادة النايمين لا يسمعان كلام المتعاقدين
وفي قنية المنية ينعقد بهما وهو الاصح ولا ينعقد بشهادة
الاصمين هكذا ذكره في نظم الزندويسي وذكر القاضي الامام
الاسبيجابي انه ينعقد بشهادة الاصمين وذكر الامام ركن
الاسلام ابو الحسن علي السعدي في شرح السير الكبير انه ينعقد
بشهادة الاصمين والمختار انه ينعقد بهما ذكره في عمدة الفتاوى

وحاصل

وحاصل الخلاف بنا على ان سماع الشهود كلام المتعاقدين هل هو
شرط انعقاد كلام النكاح ام لا منهم من يقول الشرط حضورهما
لا سماع كلامهما ومنهم من قال هو شرط ونص القدوري في كتابه
انه لا بد من سماع الشهود كلام المتعاقدين في جوامع الفقه
لا يصح حتى يسمعا كلامهما وفي المحيط تزوج بحضرة السكارى
صح اذا فهموا ان لم يذكروا بعدما صحوا واما فهم الشهود كلام
المتعاقدين فقد ذكر البقالي في فتاواه قبل الاعتبار بسماع
الشهود كلام لفظ النكاح وان لم يعرفوا تفسيره قال والظاهر
خلافه وفي البقالي ايضا عن محمد فيمن تزوج هنديين لم يفهما
ولم يمكنهما ان يعبرا انما سمعا لم يجز وفي النوازل عن محمد ان امكنهما
ان يعبرا ما قالوا جاز النكاح وفي جوامع الفقه لا يصح حتى يفهما
ويعلما انه نكاح فان سمع احدهما ثم اعيد على الاخر فسمعه دون
الاول لم يصح الا رواية عن ابي يوسف ذكرها في المنتقى وقال ان
كان المجلس متحدا جاز استحسانا وقال الحاكم ابو الفضل وقد روي
عن ابي يوسف انه لا يجوز حتى يسمعا معا وفي فتاوى ابي الليث
تزوج امراة بحضرة رجلين احدهما اصم فسمع رفيقه وصاح في اذنه
حتى سمعه لا يجوز نكاحه وكذا لو صاح غيره واسمعه وفي نظم
الزندويسي اذا سمع احدهما كلام الزوجة والاخر كلام الزوج في
مجلس واحد يجوز عند ابي سهل وقال عامة العلما لا يجوز ولا يجوز
في مجلسين استدل الشافعي بالاحاديث التي فيها ذكر العدالة
وليس لها صحة على ما ياتي ان شاء الله تعالى ولان الشهادة من باب
الكرامة فلا يستحقها الفاسق لانه من اهل الاهانة وفي المبسوط
ولنا طريقان احدهما ان من صلح وليا في النكاح بولاية نفسه
صلح شاهدا فيه وكذا عندهم في احد القولين والمذهب لا يليه
وكذا السفيه على المذهب هكذا ذكره النواوي في مختصر المحرر
وفي النهاية نصوص الشافعي في الكتب الجديدة والقديمة ان
الفاسق يلي التزويج والكافر يلي الكافرة وهو فاسق ولهذا
لا تقبل شهادته لملته ولا لغيرهم عنده وقولهم لا يثبت به العقد
عند الجحود فلا يعتبر يبطل بالمستورين فانه ينعقد بهما ولا يثبت

عند الجحود وبانا الزوجين وبعد وبهما على الاصح عندهم وقال امام
الحرمين في النهاية ليس اشتراط الشهادة في النكاح لاجل
اثباته عند الجحود لان الشهادة على اذنهما مشروطة ولا يثبت
النكاح عند جحودها بدون الشهادة على اذنهما وقد ذكرنا هذا
كله والطريق الثاني انه صلى متقلدا عند ابي حنيفة وامير الان
الخلفا بعد الخلفا الراشدين لم يسلم كثير منهم عما يشتبه في دينه
من ظلم وتعاط ويصلح متقلدا الى قاضيا فكذا الشاهد ان القضا
والشهادة من واد واحد منهما فيه الزام على الغير وفي اشتراط
ذلك حرج بين وعمي وبلوى قال في المنهاج لو تبين فسق الشاهد
عند العقد كان العقد باطلا على المذهب فهذا يقتضي
البطلان عامة انكحة المسلمين بلا نص يثبت في ذلك فان قيل
يبطل الحد الذي ذكرتم بالمكاتب فانه يصلح وليا في النكاح في
تزوج امته ولا يصلح شاهدا في النكاح قيل له ولايته مستفادة
من غيره وهو مولاه فلا يباشره بولاية نفسه والحد وفي
القذف التايب ينعقد به النكاح باتفاقنا ومن الخصم اما
عنده فظاهر لانه يحكم بشهادته وعندنا هو من اهل التحمل
دون الاداء بتحريمه والحكم يكذبه على ما ياتي بيانه في الشهادات
ان شا الله تعالى فاشبه الاعمى وابني العاقدين على ما مر قوله وان
تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد وزفر والشافعي وابن حنبل لا ينعقد وعن
ابن حنبل تخرج على رواية قبول شهادة اهل الذمة بعضهم
على بعض قول بانعقاده وعلى قولهما سوا كانوا موافقين لها
في دينها او مخالفين وفي المحيط والبدايع لا ينعقد نكاح الكفار
بشهادة الكفار وعند الشافعي وفي الاسبيجابي والينابيع فان
اسلم الذميان فان ابا جاز عندهما وكذا عند محمد ان قالا كان معنا
مسلمان عند العقد سوانا وفي الينابيع جاز عندهما وتريد به
في حق الانعقاد لا في حق الاظهار والاول اوضح وان اختلفا والمراة
هي المنكرة قبلت عندهما وعند محمد ان قالا كان معنا مسلمان سوانا قبلت
والا فلا وان انكر الزوج لم تقبل بالاجماع وفي البدايع لا يظهر عند

محمد

محمد سوا قالا كان معنا مسلمان او لم يقولا ذلك قال هو الصحيح من مذهبه
وفي الاسبيجابي والينابيع رجل زوج ابنته بشهادة اخويها فوقع
التجاحد فان كان الاب مع الجاحد تقبل سوا وقعت الشهادة على
الاخت او لها وان كان الاب مع المدعي منهما لا تقبل عند ابي يوسف
وعند محمد تقبل محمد رحمه الله اعتبر المنفعة ولا منفعة له في
هذا وابو يوسف نظر الى الدعوى والانكار وعلى هذا قال لعبده
ان كلمت زيدا فانت حر فشهد ابنا زيد انه كلمه والمولى ينكر فعند
محمد تقبل سوا ادعى الاب كلامه او انكر وعند ابي يوسف لا تقبل
مع الدعوى وكذا الوكيل بالعقد لو شهد ابناه وكان حقوقه
ترجع اليه لا تقبل والا تقبل عند محمد وعند ابي يوسف لا تقبل
مع الدعوى وتقبل مع الانكار ورجعت الحقوق اليه ام لا لمحمد
ومن قال بقوله قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي وشاهدي
عدل رواه الدارقطني واحمد والمراد به عدالة الدين لا عدالة
التعاطي لاتفاقنا ان الفسق بالتعاطي لا يمنع صحة النكاح هكذا
ذكر في البدايع ولان الشهادة شرط العقد وهو يقوم بهما
ولم يوجد على الطرفين ولانه لا شهادة له على المسلم فكانت
كالعدم في حقه فكانه لم يسمع كلامه قلت وفي هذا الكلام قد
تقدم من قريب عدم القبول على قول ان قالا كان معنا مسلمان
عاقلان بالغان حران لان فيه اثبات فعل المسلم بشهادة الكافر
فلا تقبل كمسلم ادعى عبدا في يد ذمي فجحده وزعم ان العبد عبده
فاقام المسلم شاهدين ذميين على ان العبد عبد المسلم فقضى له
به القاضي فلان لا يقبل شهادتهما لما فيه من اثبات فعل المسلم
بشهادة الكافر وهو قضا القاضي له بشهادة الكافر كذا هنا
وفي المبسوط وهما طريقان احدهما ان الذمي يصلح وليا للذمية
في تزويجها وقابلا لهذا العقد فيصلح شاهدا فيه على ما مر
ومن الاولى ان الايجاب والقبول ركن العقد والشهادة شرطه
فاذا قام الذمي بركنه فبشرطه اولى والثاني انهما شاهدان عليها
لان الواجب على الزوج انما هو المال ولا شهادة تشترط في المال ولا
ذكر اصلا وانما تشترط الشهادة لتملك البضع ليخرج به عن السفاح

لانه يكون سرا في العادة وفي الاشهاد عليها وهي مقبولة بخلاف ما
اذا لم يسمعا كلامه فان العقد يقوم بكلامهما وسماعهما كلام المسلم
مع ان فيه منفعا علينا مرا الا ترى انه لو كان معهما مسلمان عند
العقد فاسلما وشهدا بالعقد عند انكار المسلم قبلا بالاتفاق
ولو تزوجها بغير شهود وهو عندهم جايز لم يجز لعدم المصحح في
حق الزوج فلا معتبر في اعتقادها في حقه وفي النهاية الكافر
تزوج ابنته الكافرة اذا كان عدلا في دينه قال وذهب قوم
الى ان الكافر لا يزوج الكافرة واليه صار الحلمي لانه بمنزلة
الفاسق فاذا قلنا الفاسق لا يلي فالكافر مثله قلت اذا
اعتبروا كونه عدلا في دينه فهو بمنزلة الفاسق المسلم في
ولايته المسلمة وقالت المالكية انكحة الكافر فاسدة مع
ان ولاية الكافر على الكافرة صحيحة عندهم والشهادة
ليست بشرط عندهم والاسلام يصححها والله اعلم مسلة
رجل تزوج بشهادة الله ورسوله لم يجز وعن ابي القاسم الصفار
انه يكفر لانه اعتقد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلم
الغيب ذكرها في المشكلات وغيره قوله ومن امر رجلا
ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل
واحد سواهما جاز النكاح وجعل الاب مباشرا لانتقال عبارة
التوكيل اليه في المجلس لانه سفير عنه فبقي الوكيل المباشر شاهدا
مع الرجل الاخر وان كان الاب غايبا لم يجز لتعذر النقل الى
ما وراء المجلس فلا يمكن جعل الاب مباشرا له اذ لا يمكن مباشرته
حقيقة فكذا حكما ولهذا يجعل الزوج مباشرا واطيا بالخلوة
الصحيحة تقديرا في حق تكميل المهر اذا لم يكن عاجزا عن الوطي
فاذا كان عاجزا حقيقة او شرعا لم يكمل بها المهر لعدم
تصوره وكذا الجاهل بالاحكام في دار الاسلام جعل عالما لا
تقدير التصور بخلاف دار الحرب وعلى هذا اذا زوج الاب
ابنته البالغة باذنها بحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة
جاز النكاح لانها جعلت مباشرة حكما فبقي الاب شاهدا مع الشاهد
الاخر وان كانت غايبة لم يجز لتعذر عبادة الاب اليها لاجل غيبتها

ثم

ثم انما جعل الوكيل شاهدا في مسلة الصغيرة فلا يصلح شاهدا بخلاف
الكبيرة وفي الذخيرة امراة زوجت بنتها البالغة بحضرتها
برضاها بحضور رجل واحد جاز النكاح وان كانت البنت غايبة لم
يجز لما ذكرنا وان كانت البنت صغيرة لم يجز سوا كانت حاضرة او غايبة
ومن هذا الجنس ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده ان رجلا وكل رجلا
ان يزوجه امراة فزوجه الوكيل امراة بحضرة شاهد واحد
ان كان الموكل حاضرا يجوز لان الموكل يجعل عاقدا ويبقى الوكيل
شاهدا وان كان الموكل غايبا لا يجوز وعلى هذا امراة وكلت رجلا
بان يزوجها من رجل فعقده بحضرة امراتين والموكلة حاضرة
جاز فان انكر الزوج والمراة هذا العقد تقبل شهادة الرجل
والمراتين فيه اذا لم يقل الوكيل انا زوجتها اياه بالوكالة قيل
لنجم الدين النسفي هل يكفيه ان يقول هذه امراة هذا قال لا بد
من اثبات العقد قال ولو قال قايل ان الوكيل يشهد ويقول
هذه امراة هذا بعقد صحيح تزوج من له ولاية التزوج
وقبول من له ولاية القبول لا ينعقد ولكن لا احفظ رواية في
هذا قال صاحب الذخيرة والصواب ان يشهد الوكيل ان هذه
امراة هذا ويقبل القاضي ذلك ولا يحتاج الى اثبات العقد فقد
سيل ابو القاسم الصفار عمن تولى نكاح امراة من رجل وقد مات
الزوج والورثة ينكرون النكاح هل يجوز للذي تولى العقد
ان يشهد قال نعم ويذكر العقد لا غير فيقول هذه منكوحة
ولو قال انا زوجتها لا يقبل ولو وكل رجل ان يزوج عبده
امراة فزوج الوكيل العبد امراة بشهادة رجل واحد والعبد
حاضر لا يجوز لان العبد لا ينتقل اليه العبارة لان الوكيل ليس
بوكيل من جهة العبد حتى تنتقل عبارته الى العبد فبقي الوكيل
مزوجا لا شاهدا وان اذن لعبده ان يتزوج فتزوج بشهادة
المولى ورجل اخر فقد قيل لا يجوز النكاح لان العبد وكيل من
جهة المولى وعبارة الوكيل في باب النكاح تنتقل الى الموكل فكان
المولى زوجه بنفسه قال ولكن هذا القول ليس بصواب وانه
يخالف اصل اصحابنا فان من اصلهم ان العبد الماذون ليس بوكيل

عن المولى في التصرف والاذن بل الاذن فك الحجر وتصرف الماذون بحكم المالكية الاصلية فيقتصر عبارته عليه ولا تنتقل الى المولى فيصلح المولى شاهدا واذا زوج المولى عبده البالغ امراة والعبد حاضر بحضرة رجل جاز العقد لان العبد اذا كان حاضرا اخرج بان يكون مزوجا فيصير العبد كانه باشر بنفسه والمولى يصلح شاهدا ولو كان العبد غايبا لا يجوز لان المولى لا يمكن اخراجه من ان يكون مزوجا وكذا لو كان العبد صغيرا او مجنونا وفي قنية المنية عن برهان الدين صاحب المحيط رجل زوج عبده امراة وهو حاضر بشهادة رجل واحد جاز وكذا الامة وقال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز فيهما بخلاف البنت البالغة وقال استادنا فيها روايتان وفي الحاوي في الفتاوى للبخاري امراة ادعت على ورثة الزوج فانكروا النكاح والشاهد نوى التزويج قالوا لا يذكر العقد عن نفسه بل يشهد ان فلان ابن فلان قد تزوج فلانة بنت فلانة في شهر كذا

فصل في بيان المحرمات **قوله** لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنسا لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم الاية والجدات امهات اذ الام هي الاصل في اللغة قال الله تعالى هن ام الكتاب ومكة ام الارض فانها دحيت من تحتها ومنه قوله عليه السلام الخمر ام الخبايث فيتناول الام بغير واسطة وبواسطة احتياطا ولهذا لا تاخذ الجدة الثلث وفي المبسوط من يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز يقول حرمت الجدات بالنص ومن يمنع يثبت حرمتهن بالاجماع واسم الام يتناولهن مجازا ومنهم من يقول يتناول الكل حقيقة لان الام اسم للاصل والام على الجدة مجازا ولهذا كان من ينفي ذلك صادقا وهو مما يعلم به الحقيقة من المجاز وقد تايد ذلك بالشرع فان من قال لست بابن فلان لا يصير قاذفا وفي قاضيخان اما بالنص وبدلالة الاجماع وفي شرح مختصر الكرخي ان لم يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز تكون حرمة الام بالنص وحرمة الجدات بالاجماع هكذا قاله الشيخ ابو الحسن القدوري وفي الذخيرة للقرافي اتفقت الامة على ان المراد بهذا القريب والبعيد من كل نوع واللفظ صالح له كقوله تعالى يا بني ادم يا بني اسرايل

ملة

ملة ابيكم ابراهيم **فايدة** ثبوت حرمة الجدات وبنات البنين وبنات البنات بالاجماع صحيح لانه يفيد العلم لكن اختلفوا فيه هل هو محتاج الى دليل او هو بنفسه حجة ولا يحتاج الى مستند ويسمى الاجماع التحسي والمختار انه لا ينعقد الا عن دلالة وهي ما يفيد العلم او امارة وهي ما يفيد الظن ولا يكون الاجماع بالتشهي من غير دليل على الصحيح سواء وفي الاسرار على الاباء والامهات لاصل الاجداد والجدات بخلاف الامام على الاولاد فانه يدخل فيه اولاد الاولاد فقالوا والفرق ان الجد والجدة اصل والاصل لا يكون تبعا ولا كذلك ولد الولد فانه تبع فيجعل في الامان معا ايضا فتكون حرمة الجدات على هذا ثابتة بالاجماع وبنات البنين والبنات ثابتة بالنص والاجماع كما تقدم وفي اصول الفقه للسرخسي الحرمة بهذه النصوص ثابتة للاعيان الموصوفة بها حقيقة اذ لو جعلت الحرمة صفة للفعل لم يكن العين حراما الا ترى ان شرب عصير الغير واكل مال الغير فعل الحرام ولم يكن ذلك دليلا على حرمة العين واثبات صفة الحرمة انما هي صفة في افعالنا وهو قول المعتزلة وفي البدايع اما ان يعمل بحقيقة الكلام ويقال الحرمة الاعيان حقيقة وهو مذهب اهل السنة والجماعة وهي منع الله الاعيان عن تصرفنا فيها باخراجها ان يكون محلا لذلك شرعا قال وبنات البنات والبنين ثبت حرمتهن بدلالة النص لانهن اقرب من بنات الاخ وبنات الاخت وكذا من الاخوات لانهن اولاد الاب وهن اولاد اولاده ولا يحل له ان يتزوج بابنته ولا بنت ابنته وان سفلت ولا باخته ولا ببنات اخته ولا بعمته ولا بخالته الى اخر ما ذكره وفي جوامع الفقه للعتابي يحرم عليه امه وجداته ام ابيه وان علت من جهة النسب والرضاع وعماته من جهة النسب والرضاع وخالاته كذلك وامهاتهن وان علون وعمات عماته الا اذا كانت عمة العمة لاب فخالتها اجنبية منه وكذا خالات خالاته عمة له لاب فان عمتها اجنبية عنه وكذا خالات خالاته الا اذا كانت خالة له لاب فخالتها اجنبية عنه وكذا لا يحرم عليه عمات ابويه وعمات جدته وخالاتهن كلهن حرام عليه وعلى ابيه

وابن ابنه وابن بنته وابن بنت بنته وان سفلوا وكذا بناته وباقيته
من جهة البنات والبنين وان سفلن حرام عليه وعلى ابايه واجداده
نسبا ورضاعا وان علوا واما سانوا قله فلا يحرم بعضهن على بعض
اذا اختلفت اصولهن واولاد الاخوة والاخوات يحل بعضهن لبعض
وفي الذخيرة اولاد الاعمام والعمات والاخوال والخالات هن
مباحات لقوله تعالى وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات
خالاتك وفي السغ حرم الله العمة والخالة ولم يحرم بناتهما وكذا
اولاد اولادهم وان سفلوا يجوز النكاح فيما بينهم من جميع القرابات
وهم ارحام لا محارم ؞ وفي المحيط خالاته لاب وام اولام وخالات ابايه
وامهاته حرام عليه واما خالة خالته فان كانت القربى تكون
امراة الجد ابي اب الاب لام الام فاختها تكون امراة ابي الاب
واخت امراة الجد لا تحرم عليه ؞ وفي الاسبيجابي والوبري المحرمات
احد وعشرون نوعا سبعة من جهة النسب وذلك في قوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم الايه وسبعة من جهة الرضاع على ما ياتي
واربعة من جهة المصاهرة واثنان من جهة الجمع وواحد من
جهة الكفر فالسبعة من جهة النسب مذكورة في الايه فمنها
الام وهي اصناف ثلثه امك التي ولدتك وام ابيك وام امك وان
علت فيهما وبنتك اصناف ثلثه بنتك لصلبك وبنت ابنك وان
سفلت وبنت بنتك كذلك واختك لامك اصناف ثلثه اختك لابويك
واختك لابيك خاصة واختك لامك اصناف ثلثة اختك لابويك
واختك لابيك خاصة واختك لامك وعماتك اصناف ثلثه عمتك اخت
ابيك لابيها وامها واخت ابيك لابيه واخت ابيك لامه وخالاتك
اصناف ثلثة خالتك اخت امك لابيها وامها واخت امك لابيها واخت
امك لامها وبنات اختك اصناف ثلثه بنت اختك لاب وام وبنت
اختك لاب وبنت اختك لام وبنات اختك كذلك وكلهن محرمات على
التابيد بالكتاب والسنة والاجماع ؞ والسبع من جهة الرضاع
تاتي في كتاب الرضاع ان شا الله تعالى ؞ واما الاربعة التي من جهة
المصاهرة فام الزوجة دخل بها ام لا وكذا امهات ابيها وامهات
امها وان علت وكذا ابنتها وان سفلت اذا دخل بها وكذا منكوحة الاب

حرام على الابن وان سفل عقدا جايزا او وطيا وان كان العقد فاسدا
لا يحرم عليه الا بالوطي او المس بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة
وكذا حليلة الابن وابن الابن وان سفل حرام عليه سوا كان ابنه من النسب
او الرضاع وحليلة موطوته حلالا او حراما او معتودته فهذه
الاربعة من جهة الصهورية ؞ ويجوز التزوج بامهات حلايل
الابنا وبناتهن ذكره في شرح مختصر الكرخي ؞ وفي المغني لا يحرم بنات
زوجات الابا وبنات زوجات الابنا واما النوعان من جهة الجمع بين
الخمس والجمع بين الاختين قلت فيه نوعان اخران وهو الجمع بين العمة
وابنة اخيها والجمع بين المراة وابنة اخيها واما التي من جهة
الكفر فالمجوسيه والوثنيه وعبدة الشمس والنجوم وكل من لا
كتاب له والمرتدة وياتي الكلام على ذلك مفصلا وعلى بيان
مذاهب الناس في ذلك ان شا الله ؞ وفي المبسوط والمحيط والبدايع
وقاضيخان والنافع المحرمات انواع ثلثه سبعة اصناف بالنسب
وقد ذكرناها واربعة بالصهوريه وامهات النسا والربايب
وحليلة الابن ؞ وفي المحيط دخل بها اولا وما نكح الابا فهذه
المحرمات احد عشر صنفا حرمت بالنسب والصهار فصار
اثنين وعشرين صنفا مرتدة التحريم وسبع تحرم الجمع والادخال
الاختان والخمس والامة على الحرة وتزوج الاربع في عدة الموطوه
وتزوج اختها في عدتها ومكاتبته والمشتركه ؞ وفي المبسوط الاجنبيه
هي المجاوره في الرحم او الصلب فالاسم حقيقة في المتفرقات
وفيه نظر والنسبه مع بقا الالف مذهب يونس وعند سيبويه
اخوته ويشهد كقوله للاخوات ؞ وفي احكام القران للشيخ ابي
بكر الرازي وقاضيخان مع ابن عباس يحرم سبعة بالنسب وسبعة
بالنسب ؞ وفي المحيط ام العمه حرام لان ام العمة لاب وام اولاب
هي ام ابيه وعمته لابيه هي اخت ابيه فامها تكون امراة جده
ابي الاب وامراة الجد حرام ولد عمات ابيه وعمات اجداده
وعمات امه وعمات جداته ؞ واما عمة العمه ان كانت العمة عمة
ابيه وامه او لابيه فعمة العمة حرام لانها تكون اخت جده ابي
الاب وهي حرام وان كانت العمة العمة عمة لامه فعمة العمة لا تحرم

لان ابا العمة تكون زوج ام ابيه فعمتها تكون اخت زوج الجدة
ام الاب واخت زوج الام لا تحرم واخت زوج الجدة اولى وفي الجواهر
ضابط المحرمات الاصول والفصول وفصول اول الاصول واول
فصل من كل ذا اصل وان علا فالاصول الابا والامهات وان علوا
والفصول الابنا والبنات وان سفلوا اخلاف فصول ثاني الاصول
وثالثها وان علا ذلك فان فيهم اولاد الاعمام والعمات والاخوال
والخالات وهن مباحات وقد تقدم ذلك **تنبيه** قال اللخمي
من المالكية كل ام حرمت بالنسب حرمت اختها وكل اخت حرمت
لا تحرم اختها فقد يتزوج الرجل المراة ولكل واحد منهما
ولد قبل التزوج والزوج فالولد يحل له ابنة المراة من غير
ابيه ومثله عندنا وكل عمة حرمت قد لا تحرم اختها لانها
قد لا تكون اخت ابيه ولا اخت جده وفي القبس لابن العربي
المحرمات اربعون امراة اربع وعشرون موبدات التحريم سبع
من النسب وسبع من الرضاع واربع من الصهر وام الزوجة
وبنتها وزوجة الابن والاب وثلث من الجمع المراة مع اختها
وعمتها او خالتها فهذه احد وعشرون والملاعنة والمنكوحة
في العدة ونساوه عليه السلام وست عشرة لعارض الخامسة
والزوجة والمعتدة والمستبرة والحامل والمسبية والمشركة
والامة الكتابية والامة المسلمة لواجد طول الحرة وامة الابن
والمحرمة والمريضة وذات محرم من زوجة لا يجوز الجمع بينهما
واليتيمة والمنكوحة يوم الجمعة عند الزوال والمنكوحة بعد
الركوب ؞ وفي الجواهر والمرتدة والمشركة وقال النواوي في
شرح كتاب مسلم بن الحجاج المسمى بالمنهاج العمة والخالة الحقيقتان
اخت الاب واخت الام واخت ابي الاب وابي الجد وان علا كذلك وكذا
اخت ام الام وام الجدة من جهتي الام والاب وان علت وقالت طايفة
من الخوارج والشيعة يجوز وعلى هذا الجمع بملك اليمين ؞ واما الجمع
بين بنتي العم وبنتي الخالة ونحوهما فجايز الا ما حكي عن بعض السلف
انه كره ذلك وهو مروي عن ابن مسعود وجابر وزيد وعطا والحسن
والاول قول سليمان بن يسار والشعبي والاوزاعي ومالك والشافعي

واسحق

اسحق والاول قول سليمان بن يسار وابي عبيد ؞ واما الجمع بين زوجة
الرجل وبنته من غيرها فجايز عند الجمهور كالايمة الاربعة وغيرهم
وقال الحسن البصري وعكرمة وابن ابي ليلى وزفر لا يجوز وفيما لا يجوز
الجمع لا يجوز ادخال احدهما على الاخر وسياتي الكلام على ذلك
في مكانه ان شا الله تعالى **فايدة** نحوية **قوله** لا يحل للرجل ان
يتزوج بامه ولا بجدته صوابه بغيرها لان الفعل يتعدى الى
المفعول بغير واسطة قال الله تعالى زوجناكها فان قيل وقد قال
الله تعالى وزوجناهم بحور عين قلنا مراده قربناهم بحور عين بدليل
ان الجنة ليس فيها تكليف ولا عقد نكاح **قوله** ولا بام امراته
دخل بابنتها او لم يدخل وروي عن ابن مسعود وجابر ورواية عن
علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ان ام الزوجة لا تحرم على الزوج
حتى يدخل بالبنت ولا تحرم بنفس العقد حتى لو طلقها قبل
الدخول بها او ماتت جاز له التزوج بامها وهو قول مالك
وبشر المريسي وابن شجاع وداود الظاهري وروي عن ابن
عباس ذكره ابو بكر في مصنفه وهو قول ابن مسعود ذكره في
الذخيرة القرافية وقولنا قول الجمهور وهو قول عمر بن
الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر
وزيد بن ثابت وعمران بن الحصين والشافعي وابن حنبل ومالك
في الصحيح ؞ وفي النهاية لامام الحرمين قال مالك انما تحرم الربيبة
اذا كانت صغيرة يوم العقد فتجعل في حجره وتكفله واذا كانت
كبيرة يوم العقد لا تحرم وعند زيد بن ثابت موت الام قبل
الدخول بها بمنزلة الدخول كما في تكميل المهر ووجوب العدة
وهو اختيار ابي بكر من الحنابلة قلنا جعل الموت بمنزلة الدخول
في اثبات الحرمة نصب شرط بالراي فلا يجوز ولا يقام به مقام
الشرط وليس هو بمنزلة الدخول في الاحصان والاحلال
ووجوب عدة الاقرار في المعنى فان خلا بها ولم يطاها تحرم
عليه ابنتها وهو قول محمد وزفر ورواية عن ابي يوسف
ذكرها في الذخيرة والتقبيل والمس بشهوة كالدخول في التحريم
في ظاهر قول الخرقي تحريمها وهو قول ابي يوسف ذكره في المحيط

فلم يكن الموت بمنزلة الدخول من كل وجه في التحريم ((ط)) وجه من اشترط
الدخول بالبنت في تحريم الام قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن
وزعم ان الموصول صفة لهما عائد اليهما وللجمهور اطلاق قوله تعالى
وامهات نسائكم من غير قيد وعن ابن عباس انه قال ابهموا ما ابهم القران
يعني عمموا حكمه في كل حال واطلقوا ما اطلقه وعن ابن عباس وعمران
بن حصين هي مبهمة وعن طاوس مثله وعن مسروق ما ارسل الله
فارسلوا وما بين فاتبعوا وعن عطا لا تفعل هي مرسلة ومثله
عن ابن عباس في قضاء رمضان ولا يجوز العطف في الموصول لان النسا
في وامهات نسائكم مجرورة بالاضافة وفي قوله من نسائكم مجرورة
بحرف من فلو كانت اللاتي دخلتم بهن صفة لهما وعائد اليهما
حتى يكون الدخول شرطا فيهما للحرمة لاجتمع عاملان وهما المضاف
وحرف الجر على معمول واحد اذ العامل في الموصوف هو العامل في
الصفة واجتماع عاملين على عامل واحد ممتنع عند اهل العربية
قال شمس الايمة السرخسي فكانت الواو في قوله تعالى وربائبكم
للابتدا قلت لو كانت للابتدا لم تثبت الحرمة فيهما وانما تثبت
بالعطف على امهاتكم وانما عطف الربايب من نسا موصوفة على
امهات نسائنا غير موصوفة بتلك الصفة وقال الشيخ ابو بكر
لان امهات نسائنا غير موصوفة لسن من نسائنا والربائب من
نسائنا اذ الام ليست من البنت فالبنت من الام لم يصح تصديق
وفي الحواشي فان قيل الصفة شرط والشرط المذكور اخرا ينصرف
الى الكل اجماعا كقولك زينب طالق وعمرة ان دخلت الدار تعلق
طلاقهما بالدخول قال والواجب ان قوله دخلتم بهن ليس شرطا
لانه موجود وانما عطف موصوفة على غير موصوفة كقولك زينب
طالق وعمرة القايمة يقع عليهما اذا كانت عمرة قايمة قلت الفرق
ان القايم لا يصلح لهما لاختلاف الاية الا ان صلاحيتها ايضا من الوجه
الذي ذكرته وفي الفرق بين الام والبنت سر فان المتزوج بالبنت
لا يخلو من محاورات ومراجعات بينه وبين الام بعد العقد
قبل الدخول فحرمت الام بالعقد على البنت لينقطع سوقه عن
الام ويتبع ياسه منها لكونها صارت محرما له ولا كذلك عكسه اذ لا
حصل

حصل بظنه خلطه الربيبة الا بالدخول بالام ذكر ناصر الدين بن المسعر
معناه في المبسوط ووجه اخر ان الام تؤثر بنتها على نفسها في العادة
فلم تحرم البنت بالعقد على الام بخلاف العكس فكانت القطيعة في تزوج
الام بعد العقد على البنت اشد وسوا كانت الربيبة في حجره او في
غير حجره وهو مذهب الايمة الاربعة واصحابهم وروي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما انهما رخصا فيما اذا لم تكن الربيبة في حجره وبه قال
داود من اهل الظاهر رجوعا الى ظاهر الاية ولنا ان ذكر الحجور
خرج مخرج الغالب لا الشرط فلا يكون له مفهوم حينئذ اجماعا
قاله في الكتاب ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ومثله
في المبسوط بمعنى ان الله تعالى قال فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح
عليكم ولم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولم تكن في حجوركم فدل على
ان الحجر خرج مخرج العادة قلت وعليها سوال وهو ان الحرمة
لو كانت بالدخول وكون الربيبة في الحجر لا يلزم في الاحلال نفي كل
واحد منهما اذ الحل يثبت بانتفا المجموع والمجموع ينتفي بانتفا جزء
كما ينتفي بانتفا كل فرد من المجموع والجواب انه اذا نفي احد شطري
العلة كان جزء العلة باقيه وجزء العلة تعمل عمل العلة في الحرمات
ومواضع الاحتياط ولهذا احرم النسا جزء العلة ((ط)) وفي زيادات
قاضيخان لا يجوز التصرف في بدل الصرف لانه ممتنع من وجه وممكن
من وجه فيجعل في حرمة الاستبدال ممتنعا احتياطا ويكتفي بكونه
ممتنعا من وجه في باب الحرمة والقياس لعارض جواز النكاح على ما
عرف ولو وقع التعارض بين دليل الحل والحرمة توحد بالحرمة
احتياطا فعند رجحان دليل الحرمة اولى ولان الله تعالى اراد بذكر
الربيبة في الحجر التشنيع عليهم بذكر قبيح فعلهم لقوله تعالى
لا تاكلوا الربا اضعافا مضاعفة ولا تاكلوها اسرافا وبدارا ان
يكبروا فان قيل لم حرمت ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة الحليلة قلنا
ابنة الربيبة ربيبة وابنة حليلة الابن ليست حليلة ولانه يتحق
التحرز من النظر اليها والخلوة بها بخلاف ابنة حليلة الابن ولا
بامراة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباوكم من النسا
الا ما قد سلف بينا ولد معقودة الابا عقدا صحيحا وموطوءتهم بوطي

حلال وهو اجماع وبوطي حرام وبالشبهة روي ذلك عن عمران بن حصين وبه قال البصري وطاوس وعطا ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري والاوزاعي وقال ابو بكر هو قول ابن المسيب وسليمان بن يسار وسالم وحماد وزفر واسحق وابن حنبل ذكر ذلك في المغني وقال شمس الدين سبط ابن الجوزي هو قول عمر بن الخطاب وابي بن كعب وعايشة وابن عباس في الاصح وفي السف وابن مسعود وجابر بن عبد الله ذكر الطحاوي اجماع السلف عليه ولا فرق بين الحرة والامة والمدبرة وام الولد والمكاتبة والمسلمة والكافرة والعاقلة والمجنونة والكبيرة والصغيرة الصالحة للاستمتاع وعن ابن عباس في رواية لا تثبت الحرمة بالزنا وهو قول ابن المسيب وعروة والزهري والشافعي وابي ثور وابن المنذر وعن مالك واصحابه اختلاف في ذلك رواية المدونة كقولنا ورواية الموطا كقول الشافعي والمشهور عنه الاول وهو رواية ابن القاسم احتجوا بما روي عنه عليه السلام انه قال لا يحرم الحلال الحرام ولنا الاية المتقدمة وفيها انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا والمراد بذلك الوطي والفاحشة الزنا والمقت مثله ولا يقال للعقد فاحشة ومقت وامه والجواب عن الحديث ياتي قريب ان شا الله تعالى ولا بامراة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلايل ابنايكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لقوله تعالى ادعوهم لابايهم لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة وفي البدايع لو جاز نكاح حليلة الابن فربما يندم الابن على طلاقها فان تزوجها ابوه اورث ذلك ضغينة بينهما وفي المبسوط وعند الشافعي حليلة الابن من الرضاعة لا تحرم بنا على اصله ان لبن الفحل لا يتعلق به التحريم وفي باب الرضاع من هذا الكتاب هو احد قولي الشافعي قلت مذهبه كقولنا وذهبت طايفة الى ان لبن الفحل لا اعتبار به في التحريم وانما يقع التحريم من ناحية المراة روي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وعايشة وغيرهم من التابعين وبه قال اهل الظاهر وابن بنت الشافعي وفي المغني وهو قول ابن المسيب وسليمان وعطا ابن يسار وابي قلابة والنخعي قال الشافعي هذا خارج عن القياس لان اللبان ينفصل منها لا منه والمنع فيه الحديث ذكره المنذري واشتقاق الحليلة من الحل او الحلول بانه حل في فراشها

يحل

ويحل في فراشه وحليلة ابن الابن وابن البنت حرام مع انه ليس من صلبه وحرمتها مشكلة وجوابه ما ذكرنا **قاعده** اشتراط التحليل الوطي في الوطي الصحيح وحمل النكاح على النكاح الشرعي للعرف وكذا في قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباوكم على النكاح الصحيح وخولفت هذه القاعدة في امهات الربايب وحمل الدخول على الوطي الحلال والحرام مع انه لا يفهم في العرف من الدخول بهن الوطي الحرام بغير نكاح وهو خلاف القاعدة وهو قول مالك ذكره في الذخيره وابن حنبل ذكره في المغني ويمكن ان يقال خولفت القاعدة في معارضة الاحتياط ولا بامه من الرضاعه ولا باخته من الرضاعه لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هذا الحديث من رواية سليمان ابن يسار وعن عروه عن عايشه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة رواه ابو داود والنسايي والترمذي بمعناه قال الترمذي حديث حسن صحيح واخرجه البخاري ومسلم من حديث عمرة عن عايشة رضي الله عنها عن النبي عليه السلام وفي لفظ من الرحم وفي لفظ من النسب والرضاع بفتح الرا وكسرها والتا معهما وانكر الاصمعي كسرها مع التا وياتي الكلام على المسلة في كتاب الرضاع وعلى ما يستثنى من ذلك ان شا الله تعالى **قوله** ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف وهو عطف على امهاتكم ولقوله عليه السلام من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يجمع ماءه في رحم اختين ذكره في الذخيره المالكيه كما في الكتاب وكان عثمان رضي الله عنه يتوقف في الجمع بين الاختين في الوطي باليمين ويقول احلتهما اية وهي قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما اية وهذا قول علي ومجاهد عن علي السعدي ويروي عنه الانكار وفي الكشاف جعله قول عثمان وعلي ثم قال فرجح علي التحريم وعثمان الاباحة والاباحة قول الظاهرية وفي المبسوط والاول قول علي وابن مسعود وعمار بن ياسر ورجحوا التحريم لان الاخذ بالمحرم اولى عند التعارض حتى لا يلحقه ماثم ولان الاصل في الابضاع الحرمة فيجب العمل بالاصل حتى يثبت خلافه وملك اليمين قد دخله التخصيص بالاجماع حتى لا يباح به المحارم والمملوكة

المجوسية والوثنية والوجه الرابع ان الثانية سبقت للتحريم والاولى
للمدح بحفظ الفروج والقاعدة ان الكلام اذا سيق لمعنى لا يستدل
به في غيره فلا تعارض الثانية الا ما قد سلف لكن ما قد سلف مغفور
لقوله ان الله كان غفورا رحيما وقيل معناه ان نكاح الاخت الذي
تقدم لا يبطله صورة طروان نكاح الاخت عليه وفي المغني عن علي رضي
الله عنه في رجل له امتان اختان وطي احداهما ثم اراد ان يطا الاخرى
قال لا يطاها حتى تخرج الاخرى من ملكه وعن ابن مسعود وابن عمر والنعمان
بن بشير ومعاويه وعايشة رضي الله عنهم مثله وعن الشعبي وابن سيرين
من جمع الاماما يحرم من جميع الحرائر الا العدد فايدة تصريفيه
قال ابو محمد عبد الله الصيمري تلميذ ابي سعيد السيرافي في التبصرة
قالوا حرائر في جمع حرة على غير قياس وقيل هي جمع حريرة بمعنى حرة
قال وهو غريب وان تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح وهو
قول اكثر اهل العلم وذكر ابو بكر بن العربي في العارضة عن عبد الله
واشهب من المالكيه اذا وطي امة بملك اليمين ثم تزوج اختها قبل ان
يحرم الامه جاز وقال ابن القاسم لا يجوز ان يعقد النكاح حتى يحرم
الامة قال عبد الملك يفسخ قالوا المعقودة موطوة حكما اذ النكاح
الحق بالوطي في حق ثبوت النسب هكذا في الذخيرة فلو صح العقد
صار جامعا فيهما وطيا وهو ممتنع قلنا نفس النكاح ليس بوطي
وانما يصير وطيا عند ثبوت حكمه وهو حل الوطي ومجي الولد والحكم
يثبت بعقد النكاح والنكاح حال وجوده ليس بوطي فيصح لصدوره
من اهله في محله ثم لا يجوز له وطي احداهما عندنا وذكر في العارضه
انه يجوز وطي المنكوحه عند مالك والشافعي لان الاولى حرمت
عليه بالنكاح والثانيه منكوحة فتحل وفي المدونه اذا وطي بملك
اليمين ثم تزوج اختها يوقف حتى يختار ايهما شا وانما لا يجوز وطي
واحدة منهما بعد ذلك لانه لو جامع المنكوحة يصير جامعا بينهما
في الوطي حقيقة ولو جامع المنكوحة يصير جامعا بينهما في الوطي
حقيقه ولو جامع المملوكة وحكما في المنكوحه ولو كانت احداهما
منكوحة لا يطا المملوكة لان العقد وطي حكمي وهو قايم عند الوطي
حقيقة فيصير جامعا بخلاف الوطي السابق فانه قايم عند العقد

حقيقة فلا يمتنع ولو كانت احداهما موطوة حقيقة والاخرى حكما
او موطوتين حكما يحرم بشرط القران بخلاف الحقيقتين وكذا الحكميتين
لان العقد الاول باق عند العقد الثاني ولاتحاد الجنس وان لم يكن
وطي المملوكه يطا المزوجه لعدم الجمع بينهما لا حقيقة ولا حكما
فان حرم الموطوة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والهبه
مع التسليم والتزويج والاعتاق والكتابة وطي المنكوحة وعن ابي
يوسف بالكتابه لا تحل ذكر المنكوحه ذكره في الينابيع وبه قال احمد
بن حنبل ،، وفي البدايع لو كاتبها يحل له وطي الاخرى في ظاهر الروايه
وعن ابي يوسف لا تحل وعنه ايضا لو ملك فرج الاولى غيره لا يطا
الاخرى حتى تحيض الاولى حيضة بعد وطيها لانه يجوز ان تكون
حاملا منه ووجه الظاهر انه حرم وطيها على نفسه بالكتابة
حتى لو وطيها يلزمه عقرا ووطيت بشبهة او نكاح كان المهر
لها للمولى ،، وفي الذخيرة المالكية اذا وطيها بملك اليمين لا يطا
الاخرى حتى تحرم الاولى عليه ببيع او غيره وبيعها من عبده
او ابنه الصغير او يتيم في حجره لا يبيح له وطي الاخرى وبيعها
بعيب ما فرحتى يردها وايامها واشهرها مع الاياس مثله وتحريمها
بالظهار لا يكفي وان تزوجها ثم اشترى اختها فوطيها كف عن
الزوجة حتى تحرم الامه ،، وفي النهاية للجوزي اذا وطي احدى
الاختين حرم عليه وطي الاخرى فان وطي الثانية ايضا فقد
تعدى ولا يتغير ما كان من اباحة وطي الاولى عن ملكه بالبيع والهبة
او عن الحل بالتزويج والكتابة ولا يورا الحيض والاحرام والحق
بعض الاصحاب الردة والاحرام وترددوا في الرهن والبيع
بشرط الخيار فان وطيت الاولى بشبهة لم تحل الثانية والعدة
والردة والاحرام على قضية واحدة والمذهب في شرط الخيار
حل الوطي للبايع والتردد في خيار المشتري فان وطي امته ثم
تزوج اختها حرمت الموطوة لقوة النكاح وسلطانه فيما
يتعلق باحلال البضع وكذا لو تزوج عمتها او خالتها قلت
ملك اليمين اقوى من ملك النكاح في حل الوطي لان ملك النكاح ضرورة
يفيد ملك الانتفاع ولهذا لو وطيت الامة بشبهة كان العقر

للمالك ولو وطيت المنكوحة بشبهة لم يكن العقر للزوج بل يكون
للمنكوحة وكذلك الامة المنكوحة اذا وطيت يكون العقر للمولى لا
للزوج واذا ملك زوجته او بعضها بطل نكاحه ولا يصح التزوج
بامته فاذا ثبت ان ملك اليمين يدفع النكاح ويرفع صحته كان
اقوى بلا ارتياب من ملك النكاح فبطل قولهم ان النكاح اقوى من ملك
اليمين في حل البضع وثبوت النسب من غير دعوى لكون الولد
مقصودا به حتى لا ينتفي الا باللعان وفي المغني ان وطي احداهما
لا يبطل الاخرى حتى يحرم الاولى على نفسه كقول الجمهور وقال
قتادة ان استبراها حلت له اختها ولو قال هي علي حرام لا تحل له
الاخرى كالحيض والنفاس والاحرام والصيام فان وطيها لا تحل
له بعد وطي احداهما حتى تخرج الاخرى عن ملكه ويستبريها وقال
الشافعي والقاضي من الحنابلة يحل له وطي الاولى على اصل الشافعي
ان الوطي الحرام لا يحرم الحلال ولنا ان وطي الثانية يثبت به النسب
فكان جامعا بينهما بوطي يثبت به النسب وقولهم ان الحرام لا يحرم
الحلال ليس امرا صحيحا على ما ياتي وهو منتقض بالوطي في الحيض
والنفاس والاحرام والجارية المشتركة والوطي بالشبهة فان وطي
امة تزوج اختها صح النكاح قال ابو الخطاب هو ظاهر كلام احمد
وهو قول الجمهور واذا كان له امتان اختان فله وطي احداهما عند
عامة فقهاء الامصار وقال النخعي والحكم وحماد لا يقرب واحدة
منهما قال ابو الخطاب هو مذهب احمد ذكره في الذخيرة المغني
لابن قدامه وفي المحيط وغيره رجل تزوج امراة ثم اختها فسد
نكاح الثانية الجمع المحرم كالخامسة فان قيل ينبغي ان يصح نكاح الثا
نية تطليقا للاولى وهو يملكه تصحيحا لتصرفه بطريق الاقتضاء
لا صحة لنكاح الثانية الا به والجواب ان الدفع اسهل من الرفع فلا
يصار الى غير الاسهل فان وطي الثانية لا يرتفع به عقد الاولى ويجب
العدة للثانية ويعتزل الاولى في عدة الثانية ويثبت به النسب
وحرمة المصاهرة ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان ما هو
المتقوم حقيقة لا زيادة على صحته في العقد الفاسد فهذا وقال
عند زفر ولذلك يجب المسمى وهو قول الشافعي وفي قول مع زفر

والجمع

والجمع بينهما في عقد فاسد فان دخل بهما يجب لكل واحدة عقر والعدة
وان وطيها مرارا لا يتعدد المهر وبعد التفرق يتعدد وان فرق
بينهما قبل الدخول بهما ولا شي لهما في عقد بين اذا لم يعلم الاولى
منهما فرق بينه وبينهما لان نكاح احداهما فاسد بيقين ولا وجه
الى التعيين لعدم الاولوية والترجيح من غير مرجح لا يجوز ولا
الى العقد مع الجهالة لعدم الفايدة اذ الاستمتاع بواحدة منهما
ممتنع عليه والضرر عليه بالنفقة والكسوة من غير مقصود
وللضرر عليهما ايضا لانها تصير كالمعلقة وهي التي لها زوج قد
اعرض عنها لا تنتفع به ولا تتزوج غيره لانها في عقد
والفرق لابي يوسف بين هذا وبين ما لو زوج الوكيل موكله امراتين
في عقده يلزمه واحدة منهما واليه التعيين انه يجوز التزامهما
هناك فيجوز التعيين في رواية عنه وهو نكاح المبهمة وهاهنا
لا يجوز ضمهما فكذا التعيين واحدة منهما لاحتمال ان تكون الثانية
التي فسد نكاحها ولهذا قال في البدايع لا يجزى في مسلة الكتاب
ولهما نصف المهر المسمى لانه وجب للاولى منهما وعدمت الاولوية
للجهل بالاولوية فكان بينهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما
انها هي الاولى او للاصلاح للجهالة المستحقة كالواقر لاحداهما
وكالوصية لكل واحد بثوب وضاع الثوب وقال ابو جعفر
الهندواني معنى المسئلة اذا ادعت كل واحدة الاولوية ولا
حجة لهما فيقضى بنصف المهر لهما اما اذا قالتا لا ندري اي
العقدين اول فلا يقضى بشي حتى يصطلحا والفرق ان عند دعوى
الاولوية منهما لم ترض كل واحدة بشركة الاخرى في نصف المهر
وهنا راضية وفي المحيط والبدايع اذا لم يعرف الاولى بينهما فرق
بينه وبينهما ولهما نصف المهر اذا ادعت كل واحدة انها الاولى
وان قالتا لا ندري ايتنا الاولى لا يقضى لهما بشي حتى يصطلحا
على اخذ نصف المهر وعن ابي يوسف لا شي عليه وبه قال ابو بكر
من الحنابلة قال لانه مجبور في الطلاق وعن محمد يجب المهر كاملا
ذكره في البدايع وفي القنية ولا حد عليه وان قال علمت انها علي
حرام ولا يجب الا مهر واحدة وان تكرر الوطي وبعد التفريق يجب

وقد ذكرناه **قوله** ولها نصف المهر معناه اذا كان مهراهما
متساويين في الجنس والقدر وان كانا مختلفين يقضي لكل واحدة
منهما بربع مهرها ﻫ وفي المحيط امراة تزوجت زوجين في عقد
فهو فاسد فان كان لاحدهما اربع صح نكاح الاخرى كمن تزوج اختين
احداهما منكوحة او معتدة صح نكاح الخالية وعليه جميع ما
سمى لها قيل هو قوله وعنده نصف ما سميا كما لو تزوج امراتين
احداهما لا تحل له بالغ والله اعلم **قوله** ولا يجمع بين المراة
وعمتها وخالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها ولا تدخل واحدة
منهن على الاخرى وجوز عثمان البتي الجمع في غير الاختين وهو
مذهب داود الظاهري والخوارج والشيعة واستدلوا
بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولفقهاء الامصار حديث
ابي هريرة رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان تنكح المراة على عمتها او خالتها رواه الجماعة وعن عامر الشعبي
عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تنكح المراة على عمتها ولا العمة على بنت اخيها ولا المراة على خالتها
ولا الخالة على بنت اختها ولا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى
على الكبرى رواه ابو داود والنسائي والترمذي وقال حديث
حسن صحيح اراد عليه السلام بالصغرى ابنة الاخ وابنة الاخت
وبالكبرى العمة والخالة ولم يرد صغر السن وكبره ذكره في النهاية
وهو اجماع ولا معتبر لمخالفة الظاهرية والشيعة والخوارج ويجوز
الزيادة على الكتاب بالحديث المشهور وهذا الحديث مشهور لان الامة
تلقته بالقبول وقد ذكرنا الاجماع عليه ويجوز تخصيصه بخبر
الواحد ايضا لانه مخصوص قد خرج منه المجوسية والوثنية
وسائر من الرضاع على ما تقدم وفي الحواشي ذكر النهي من الجانبين
اما للمتابعة والتاكيد او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ان ادخال
ابنة الاخ على العمة لا يجوز وادخال العمة على ابنة الاخ يجوز لفضل العمة
على ابنة الاخ كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على
الامة فبين صلى الله عليه وسلم المنع من الجانبين قال كذا في المبسوط
ولا في النافع وهو نهي بصيغة الخبر ولا يجمع بين امراتين لو كانت

احداهما

احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى ﻫ وفي الينابيع ان كان النكاح
لا يحل على كلا التقديرين لا يحل له ان يجمع بينهما بنكاح ولا بملك يمين وطيا
ولا بالمس بشهوة ولا بالتقبيل ذكره في الينابيع ولان الجمع بينهما يفضي الى
قطيعة الرحم لجواز ان لا تطيع زوجها فيما يامر وينهى وهو سبب القطع
ولان الجمع بينهما يفضي الى التعادي بين الضراير وهو سبب قطيعة الرحم فكان
حراما وان كان يحل على احد التقديرين دون الاخر يحل عند الجمهور خلافا
لزفر وبيانه في المسائل التي ذكرناها كالاختين والعمة مع بنت الاخ
والخالة مع بنت الاخت وذكر السغناقي في شرح البخاري انه عليه
السلام نهى ان يجمع بين عمتين او بين خالتين صورة العمتين ان يتزوج
الرجلان كل واحد ام الاخر فيولد لهما ابنتان وابنة كل واحد منهما
عمة الاخرى والخالتين ان يتزوج كل واحد ابنة الاخر فابنة كل واحد
منهما خالة الاخرى والرضاع في ذلك كالنسب على ما تقدم ولا باس بان
يجمع بين امراة وبنت زوج كان لها من قبل من غيرها ومنع ذلك الحسن
البصري وعكرمة وابن ابي ليلى وزفر احتياطا في باب المحرمات وجوز ذلك
الائمة الاربعة وعامة اهل العلم رجوعا الى قول الله تعالى واحل لكم ما
وراء ذلكم ولم يرد سنة مخالفة لذلك ولانه لا قرابة بينهما فلم يكن فيه
قطيعة الرحم ﻫ وفي النهاية يجوز الجمع بين المراة وبنت زوجها او ام
زوجها وذكر البخاري ان عبد الله بن جعفر جمع بين ابنة علي وامراة علي
رضي الله عنهم وعن ابن عباس انه جمع بين امراة رجل وابنته من غيرها وعن
رجل من اهل مصر كان له صحبة يقال له جبلة انه جمع بين امراة رجل وابنته
من غيرها رواهما الدارقطني وفي المغني لو كان لرجل ابن من غير زوجته
ولها بنت من غيره او كان له بنت ولها ابن جاز تزويج احدهما من الاخر
في قول عامة العلماء وحكي عن طاوس كراهيته اذا كان مما ولدته المراة بعد
وطء الزوج لها والاول اولى لعموم الاية ولانه ليس بينهما نسب ولا سبب
يقتضي التحريم وكونه اخا لاختها لم يرد الشرع بتحريمه ومتى ولدت
المراة من ذلك الزوج ولدا صار عما لولد ولدهما وخالا واذا تزوج رجل
امراة وزوج ابنه امها جاز فاذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الاب
عم ولد الابن وولد الابن خال ولد الاب وروي ان رجلا اتى عبد الملك بن
مروان الخليفة فقال يا امير المومنين اني تزوجت امراة وزوجت ابني

امها خاصرًا فقال عبد الملك ان اخبرتني بقرابة ولدك من ولد ابنك
احرك فقال الرجل يا امير المومنين هذا العريان بن الهيثم وانه لم
يسعك ان تعلم ذلك فلا تجرى فقال العريان احدهما عم الاخر والاخر
خاله **قوله** ومن زنا بامراة حرمت عليه امها وابنتها وهو قول
عمر وعمران بن حصين وابن مسعود وجابر بن عبد الله وابي بن كعب وعايشة
وابن عباس في الاصح وبه قال البصري والشعبي والنخعي والاوزاعي
وطاووس ومجاهد وعطا وقال ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه هو قول
سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وسالم وحماد والثوري واسحاق
ابن راهويه وابن حنبل ومالك في المدونة عن ابن القاسم قال عثمان
البتي ان زنى بها حرم عليه التزوج بامها وبنتها ولا يبطل نكاحهما
بالزنى بعد التزوج فيفرق بينهما يمتنع من صحة التزوج قبل النكاح
ولم يبطل به النكاح الصحيح وعن ابن عباس الزنى لا يحرم وهو قول عروة
والزهري والشافعي وابي ثور وابن المنذر وفي رواية الموطا عن مالك
قال شهاب الدين العراقي وهي رواية غير مشهورة عنه ذكر ذلك في
الذخيرة وقد تقدم اكثر هذه الاقوال وانما اعدتها لان هذا مكانها
وان لاط برجل لا تحرم عليه امه ولا ابنته عندنا وبه قال عامة العلما
وقال عبد الله بن الحسن البصري والاوزاعي والثوري وابن حنبل في
رواية تحرم امه وبنته عليه وقال الحسن بن صالح يكره ولو مسه بشهوة
او قبله لا تحرم امه ولا ابنته بالاجماع استدل لو بما روي عنه عليه السلام
انه قال لا يحرم الحرام الحلال وعن عايشة رضي الله عنها ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم سيل عن الرجل يتبع المراة حراما اينكح امها او
بنتها فقال لا يحرم الحرام الحلال رواهما الدارقطني ولان حرمة
المصاهرة من باب الكرامة ولا تنال بالمحظور قال ابو طاهر البغدادي
الاصفهاني والدليل على انها كرامة ثبوتها في حق من جل عن العقوبة
كازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ومدركه اخر لهم قالوا لم يوثر
هذا الوطي في الموطوة فلم يحللها للمطلق فلا يوثر في غيرها بالقياس
ومدرك اخر للشافعي مع مناظره جعلت الفرقة بتقبيلها ابن زوجها
والله تعالى لم يجعلها اليها وجمهور اهل العلم قوله تعالى ولا تنكحوا ما
نكح اباوكم من النسا الا ما قد سلف والنكاح حقيقة في الوطي على ما تقدم

ويقال فاحشة ومقت للعقد وانما يقال ذلك للوطي الحرام وعنه عليه
السلام انه قال ملعون من نظر الى فرج امراة وابنتها اخرجه الجرجاني
قال وهب ابن منبه فذكرته لسعيد ابن المسيب فاعجبه وعن ابي اليماني
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نظر الى فرج امراة لم تحل له امها
ولا ابنتها ذكره ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه وفي رواية عنه عليه
السلام انه قال من مس امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها ذكره
السغناقي في الكفاية وابن قدامة في المغني والاصح انه موقوف على عمر
ذكره في المغني وعن عبد الله قال لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امراة
وابنتها ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه وعن ابراهيم وعامر في رجل وقع
على ابنة امراته قالا حرمتا عليه وعن ابراهيم كانوا يقولون اذا اطلع
الرجل من المراة على ما لا يحل له او لمسها بشهوة فقد حرمتا عليه جميعا
وعن عطا وابراهيم والحكم وحماد ابن ابي سليمان ومجاهد وجابر بن زيد
وابن المسيب مثله وعن ابن منبه قال في التوراة التي انزل الله تعالى على
موسى عليه السلام انه لا يكشف الرجل المراة وابنتها الا وهو ملعون
ذكر ذلك كله ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه ومسلك اهل اصبهان
في المراة السمعاني ان الوطي مفسد للعقد فيستوي فيه حلاله وحرامه
كمفسدات العبادات اذ العمدة فيه الوطي وما يدعو اليه وكونه
حراما صفة زايدة فلا يوثر فيه الا ترى ان اللبن في الرضاع يستوي فيه
الحلال والحرام وهو عمدة اهل بيتنا بورايتنا وعمدة اهل ما ورا النهر
ان حرمة المصاهرة عقوبة في حق الزاني لا كرامة وفي الوطي الحلال
كرامة كالحد يقام على الكافر عقوبة وزجرا وعلى المومن طهرا
قال ماعز رضي الله عنه طهرني يا رسول الله وفي الغامدية لقد تابت
توبة لو تابها صاحب مكس لغفر الله له الحديث قال الشيخ الامام
ابراهيم لا يمتنع ان يكون عقوبة ويختص بمن لم يجن كالدية وقال
ابو زيد الدبوسي حرمة المصاهرة عقوبة ولا يمتنع ان يثبت
على من لم يذنب بدليل قوله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا
عليهم طيبات احلت لهم وكثير ممن حرمت عليه الطيبات لم يذنبوا
ولا اولادهم وتثبت الحرمة بالوطي في النكاح الفاسد المحرم والوطي
الحرام بالشبهة وبوطي الجارية المشتركة والمكاتبة وجاريته

المجوسية والوثنية والحايض والنفسا والمطلقه طلاقا باينا في العدة
وقد حرم الله امراتها المطلقه عليه وسماه منكرا من القول وزورا ولم يمنع
الحرام وقوع التحريم فيه وحديثهم الاول عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي
قال يحيى بن معين كان يكذب وضعفه علي بن المديني جدا وقال
البخاري والنسائي وابو داود ليس بشي وقال الدارقطني متروك
وقال البخاري في تاريخه تركوه وقال ابن حبان يروي الموضوعات
عن الثقات لا يجوز الاحتجاج به قال ولا يصح فيه حديث عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وفي حديثهم الاخر عبد الله بن عمر اخو عبد الله المكبر
مصغر والمصغر منكر وفيه اسحق القروي وقد كذبه ابن حنبل
مع ان المذكور فيه اتباعها ومراودتها والنظر اليها وليس
ذكر الوطي وقال احمد حديثهم من كلام اسوع بعض قضاة العراق
وقيل من قول ابن عباس وكبار اصحابه خالفوه في ذلك وقال
الشافعي مناظرا وانت تزعم انها حرم على زوجها بردتها فقد
جعلت الفرقة اليها فكيف قلت بما انكرته على غيرك فقال
اقول ان رجعت الى الاسلام وهي في العدة فهما على نكاحهما قال
الشيخ ابو بكر الرازي انكر على خصمه وقوع التحريم من قبل المراة
ثم قال بها وجعل الرجعة ايضا اليها مع الفرقة والجواب عن
قولهم لم يوثر في الموطوة قلنا انما لم يوثر فيها للمطلق لفقد
شرطه وهو وطي الزوج لقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره والزاني ليس بزوج ويدل على ذلك ان الوطي
بملك اليمين لا يحلها للاول ويثبت به حرمة المصاهرة والنسب
ان الحرمة حق الشرع اذ الحرمات لله والنسب حق العبد ولهذا
يتوقف على الالتزام ولا حق للزاني بالحديث ولما حد في المسله
عندهم ان امتناع صحة النكاح في محل الاجماع انما كان باعتبار
ثبوت النسب ولا نسب في الزنا وعندنا باعتبار الحرمة وهي حاصلة
فيه وينضاف الولد الى كل واحد منهما كملا يقال هو ابن فلان
وفلانة فيعتبر اصولها وفروعها كاصوله وفروعه واصوله
وفروعه كاصولها وفروعها والموطوة خرجت من ذلك الضرورة
وحوى خلقت من ضلع ادم عليهما السلام وحلت له للضرورة والحاجة

الى

الى التوالد والوطي الزنا يثبت حرمة المصاهرة من حيث انه سبب
للولد الحقيقي لا من حيث انه سبب الولد الحقيقي لا من حيث انه زنا
فلا اعتبار لقوله ان حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور وحينئذ
مع ان الاصل الذي ذكره ممنوع وقد ذكرنا ان من تزوج امراة ولها
بنت من غيره يجوز لابن هذا الزوج من غيرها ان يتزوجها وان
ولدت البنت بعد التزوج بها فلم يجعل فروعها كفروعه الا
ان يكون ذلك في حق الوطي خاصه ومن مسته امراة بشهوة حرمت
عليه امها وابنتها وكذا لو مسها بشهوة او نظر الى فرجها
بشهوة او نظرت الى ذكره بشهوة،، وفي الذخيرة تحرم بنت الزوجة
بالقبلة والمباشرة للذة والنظر لباطن الجسم بشهوة عند
مالك على المشهور وفي جوامع الفقه سوا في ذلك المس عمدا او
خطا او ناسيا او نايما او مكرها اذا اشتهى وان نزع من ساعته وفي
القبلة لو قال لم اشتهه لا يصدق وفي المس والعناق يصدق الا ان
يقوم اليها واليه منتشرة وفي ينبوع العيون بخلاف هذا اذا
اشترى جارية على انه بالخيار فقبلها او نظر الى فرجها وقال لم
تكن عن شهوة فالقول قوله ويردها ومن المشايخ من فصل في التقبيل
فقال ان كان على الفم يفتى بالحرمة وعلى الجبهة والراس والذقن
والخد يصدق وهكذا في مجموع النوازل وكان الشيخ ظهير الدين
يفتي بالحرمة في القبلة في الكل وان كان على المقنعة فظاهر ما ذكر
في العيون يدل على انه يصدق في الكل سواء كان على الفم او غيره ومس
الشعر لا يثبت الحرمة وكذا النظر الى داخل الفرج من المراة بخلاف
الرجال،، وفي الينابيع قيل يثبت الحرمة بالنظر الى العانة وقيل
للحمرة وقيل الى الشق وقيل الى الفرج الداخل لا الى حواليه فروي عن
ابي يوسف وهو الاصح ولا يتحقق ذلك الا عند اتكايها وللحايل الرقيق
الذي يصف ما تحته كالزجاج،، وعن محمد لو مس شعر امراته بشهوة
حرمت عليه امها وابنتها ويحصل بها الرجعة ولا يشترط في الشهوة
تحرك الاله ويثبت من المجبوب والعنين وفي بعض النسخ يشترط وقيل
انه اصح وفي الذخيرة والشهوة من احدهما كافية في الحرمة وفي
الكتاب المس بشهوة ان تنتشر الالة او تزداد انتشارا هو الصحيح يعني

ان كانت غير منتشرة تنتشر وان كانت تنتشر تزداد انتشارا وفي فتاوى قاضي
خان قال ابو يوسف النظر الى منبت الشعر يكفي لثبوت حرمة
المصاهرة وقال محمد لا يثبت حتى ينظر الى الشق وذكر شمس الايمة
السرخسي انه لا يثبت الا بالنظر الى الفرج الداخل وهذا اذا كانت
متكية فاما اذا كانت قاعدة مستوية او قايمة لا يثبت به قال شيخ
الاسلام هو الصحيح وذكر العمي عن اصحابنا ان حد الشهوة ان تنتشر
الالة ان لم تكن منتشرة قبل ذلك وتزداد قوة وشدة ان كانت منتشرة
كما ذكرناه وان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة فيه ان يتحرك قلبه
بالاشتها ان لم يكن متحركا ولا يعتبر مجرد الاشتها هكذا ذكره السرخسي
وحكي عن محمد ابن ابراهيم الميداني انه كان يميل الى هذا وفي الذخيرة لا
تثبت هذه الحرمة بالنظر الى ساير الاعضا غير الفرج وان كان عن
شهوة وحد الشهوة ان تنتشر آلته بالنظر الى الفرج او بالمس
اذا لم تكن منتشرة فتزداد قوة وشدة بالنظر والمس والا فلا
وهذا اذا كان شابا قادرا على الجماع وان كان شيخا او عنينا فالشرط
تحرك قلبه بالاشتهاء ان كان متحركا بالاشتها قبل ذلك يزداد
اشتهاؤه هكذا حكاه البلخي عن الاصحاب واليه مال شيخ الاسلام
جواهر زاده والسرخسي وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار
واشترطوا ميل القلب اليها واشتهاء جماعها قال في المحيط وهو الاصح
وقال الصفار ان كان لا يشتهي لعلو سنه بقلبه فان مس مقدار ما
لو كان شابا تنتشر آلته تثبت الحرمة وكان الفقيه محمد بن مقاتل
الرازي لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الاله وكان لا يفتي
بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين والذي ماتت شهوته
حتى تتحرك آلته بالملامسة وروى ابن رستم عن محمد اذا مسها
بشهوة فلم ينتشر عضوه او كان منتشرا فلم يزدد انتشاره حتى
تركها ثم ازداد انتشاره بعد ذلك لم يثبت به حرمة المصاهرة وانما
تثبت الحرمة اذا انتشر بالمس وهو بعد لامسها او يزداد انتشاره
وهو لامسها بعد وان كان بينهما ثوب رقيق يجد حرارة الممسوس في
يده تثبت الحرمة وفي طلاق المنتقى الحسن بن زياد عن ابي يوسف اذا
لمس شيا من جسد امراته من فوق الثياب عن شهوة وهو يجد مس

جسدها حرمت عليه امراته وكذا امس رجلها فوق الخف او مس ساق
الخف او اسفل الخف وروى ابراهيم عن محمد ان النظر الى دبر المراة موضع
الجماع مثل النظر الى فرج المراة ثم رجع وقال لا يحرم الا النظر الى الفرج
من داخل ومثله عن ابي يوسف وكذا ذكر محمد في الزيادات لو نظر
الى دبر امراة بشهوة لا تثبت به حرمة والجماع في الدبر لا يوجب
حرمة المصاهرة وبه اخذ بعض مشايخنا وقيل يوجبها وبه كان
يفتي شمس الايمة الاوزجندي لانه مس وزيادة وقال صاحب
الذخيرة وما ذكره محمد اولا اصح لعدم افضايه الى الحرمة فصار
كالوطي بشهوة فاما في الانثى رواية شاذة وتقبل الشهادة على
على اقراره بالمس والتقبيل بشهوة وهل يقبل على ذلك بغير اقرار
قيل لا تقبل واليه مال محمد بن الفضل لانه لا يوقف على ذلك
وقيل تقبل واليه مال على البزدوي هكذا ذكره محمد في الجامع
لان الشهوة يمكن الوقوف عليها في الجملة بتحرك الذكر وغيره
وفي نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رجل نظر الى ابنته عن غير
شهوة فتمنى ان يكون له جارية مثلها فوقعت له شهوة
مع وقوع نظره ان كانت الشهوة على ابنته حرمت امراته
عليه وان كانت على ما تمنى لم تحرم ؛؛ وفي الواقعات للناطفي
والمحيط اقام امراته عن فراشه ليجامعها ومعها ابنته
فوصل يده اليها فقرصها باصبعه يظن انها امراته
وهي تشتهيها حرمت عليه امراته وان كان يحسبها امراته
لانه مسها بشهوة ولا يشترط بلوغهما ويشترط ان تكون مشتهاة
وقال ابو بكر بن محمد بن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل
وبنت خمس فما دونها غير مشتهاة وبنت ثمان وسبع وست
ان كانت عبلة ضخمة مشتهاة وما لا فلا قال الفقيه ابو الليث
رحمه الله تكلموا في الثمان والسبع والست والغالب انها
لا تشتهي ما لم تبلغ تسع سنين وقال الشهيد في كتاب النكاح
عليه الفتوى وسيل الفقيه ابو بكر عمن قبل امراة ابنه وهي
بنت خمس او ست عن شهوة قال لا تحرم على ابنه لانها غير
مشتهاة فان اشتهاها هذا حتى خرجت عن حد الاشتها قال

تحرم لان الكبيرة دخلت تحت الحرمة فلا تخرج وان كبرت ولا كذلك
الصغيرة وسئل ابن سلمة عن امراة ادخلت ذكر صبي في فرجها
وهو ليس من اهل الجماع قال يثبت به حرمة المصاهرة وفي المغني
لا تحرم المس والقبلة الحرام ولا تحرم الا الجماع وفي الامة روايتان
احدهما لا تحرم والثانية تنشر الحرمة روي ذلك عن ابن عمر بن
مسروق وبه قال القاسم والحسن والنخعي والشعبي والاوزاعي
ومالك واحد قولي الشافعي وفي المنهاج للنواوي ولا تنشر المباشرة
بشبهة كالوطي في الاظهر وعن عمر وابنه وعامر ابن ربيعة وكان
بدريًا والقاسم والحسن ومجاهد وحماد بن ابي سليمان ان النظر
الى الفرج بشهوة والمس بشهوة كالوطي وهو قول ابن مسعود
والنظر الى غير الفرج لا يثبت الحرمة خلافا لبعض الحنابلة
وفي الينابيع لو جامع ابنة امراته فافضاها وافسدها لا تحرم
عليه امها وقال محمد السرخسي احب الي ولا افرق بينهما قوله وقال
الشافعي لا تحرم يعني لو مس امته بشهوة او قبلها ثم اراد ان يتزوج
ابنتها او امها او تزوج امراة وقبلها بشهوة ثم بانت منه يجوز
له ان يتزوج ابنتها عنده كره لا تحرم عليه امها وقال ابو يوسف
اكره له الام والبنت وفي المحيط تحرم عليه امها وقال محمد السرخسي
احب الي ذكره في المبسوط وهو الاظهر عنده واما لو مست امراة اجنبية
او مسها او قبلها حراما فلا اعتبار بذلك في حرمة المصاهرة عنده
لانه لا يثبت بالوطي الحرام فبالمس اولى فروع في المغني تحرم نكاح
بنته المخلوقة من الزنا واخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت اخته
واخته من الزنا وهو قول عامة الفقها وبه قال مالك وابن حنبل
وقال الشافعي في المشهور يجوز واجمعوا على انه لا يجوز لام الابن من الزنا
ان يتزوج بابنها من الزنا وفي مختصر الجواهر قال مالك لا يجوز له
التزوج بها وقال ابن الماجشون يجوز موافقة للشافعي قال سحنون
هذا خطا صريح والاحكام فيها مختلفة عندنا فانه لو ملكها عتقت
عليه ولا تقبل شهادته لها ولا وضع الزكاة فيها لكن لا توارث
ولا نفقة من الطرفين وليس في افراد هذه المسئلة فايدة طايلة
فان من وطي امراة حلالا او حراما او مسها بشهوة حرمت عليه

بنتها

بنتها سوا كانت من مائه او من غيره وهذا المعنى موجود في مسئلتنا
ووطي جارية بنته من الزنا فولدت منه لا تصير ام ولد له بالاتفاق
وجنا الشافعي بها وفي الجوامع تحرم مناكحة بنته المنفية باللعان
ووضعنا الزكاة فيها ولا تقبل شهادته لها ولا لاصوله ولا
شهادته لها ولا لفروعها وفي ادب القاضي تقبل ولا ارث ولا
نفقة من الطرفين كولد العاهر قال ونسب ولد الملاعنة
ثابت من الملاعن حقيقة ولهذا لو ادعاه بعد ما كبر ثبت
منه مع جحوده وفي الابتدا لا يثبت مع جحوده وليس لغير الملاعن
ان يدعيها وله استلحاقها وكذا الاستظهار فايده التزوج
بالمنفية الاقبل الدخول بالام ولو ملك بنته من الزنا عتقت عليه
عندنا ولدت امراته توامين فنفاهما ومات احدهما عن امه واخته
واخ اخر لام فالسدس للام والثلث لهما والباقي يرد عليهم كاولاد
العاهر لانقطاع النسب وعند مالك هما في ما بينهما اعصبة
لا ينقطع النسب بينهما وانما ينقطع بالنسبة الى الاب لا غير
لعامة اهل العلم قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم
فكما ان الوالدة الزانية امه فكذا ابنتها منه بالزنا بنته
حقيقة وان لم تكن بنته شرعًا في حق بعض الاحكام والموضع
موضع الاحتياط وقال ابو الفرج ابن الجوزي قلت لبعض كبار الفقها
الشافعية اليس الله سبحانه خاطب العرب بما تعرفه فقال
حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم وهذا الزاني يعرف قبل الاسلام ان
هذه بنته فقد حرم عليه اما هي بنته في لسانه ومعتقده فقال
ليست بنته في الشرع فقلت الشرع لا يدفع المعلومات الحسية
فلم يكن له عنه جواب وفي الصحيح ان جاءت به على صفة كذا فهو
لشريك بن سحما يعني الزاني ولا كما تضعه منه فصار كما سهلها
والجامع الاشتراك في الزاني والفارق التوارث في الثاني دون
الاول اجماعا ثم الموجود من الواطي الزاني حقيقة محققة ومن
صاحب الفراش مقدرة فاذا اعتبرت المقدرة لا تلغى الحقيقة
المحققة من كل وجه وفي الروضة للنواوي البنت التي نفاها
باللعان تحرم عليه ان كان دخل بامها وكذا ان لم يدخل على الاصح وفي

شهادة لهما الوجهان **قوله** واذا طلق الرجل امراته طلاقا
باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها ولا باربع سواها ولا
بعمتها ولا بخالتها ولا بنت اختها وكذا الفسخ بعد الدخول بها
حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس
وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني
ومجاهد والنخعي والثوري وابن حنبل ذكر ذلك في المغني ومثله في
المبسوط وقال القاسم بن محمد وعروة وابن ابي ليلى ومالك والشافعي
وابو ثور وابو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع ذلك في عدتها
من الطلاق البائن قالوا قد انقطع النكاح بينهما بالكلية اعمالا
للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد فصار كما لو
طلقها قبل الدخول وعن البصري لا يجوز ان كانت حبالا ولنا ما
رواه عبيدة السلماني عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم لم
يجتمعوا على شي كاجتماعهم على اربع قبل الظهر وان لا تنكح امراة
في عدة اختها وعنه عليه السلام انه قال من كان يومن بالله واليوم الاخر
فلا يجمع ماءه في رحم اختين وعن ابي الزناد انه قال كان للوليد بن عبد
الملك اربع نسوة فطلق واحدة منهن البتة وتزوج غيرها قبل ان
تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقها منهم سعيد بن المسيب قال
سعيد بن منصور اذا عاب عليه سعيد بن المسيب فاي شي بقي وحكي
ان مروان شاور الصحابة فيه فاتفقوا على انه يفرق بينهما
وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم ذكره في المبسوط ولان نكاح المطلقة
الاولى قايم لبقا احكامه من النفقة والمنع والفراش والقاطع
قد تاخر عمله ولهذا بقي العدة في حق الزوج بزوج اخر وفي حق
الخروج والبروز في العدة فصار كالرجعي فيما يبتني على الاحتياط
ولان في تزوج اختها زيادة قطيعة الرحم فانها ممتنعة منه
ومن غيره في العدة فكانت اشد من التزوج في النكاح وفي المبسوط
لزوج المرتدة ان يتزوج اختها بعد لحاقها قبل انقضا عدتها
لانها لا عدة عليها من المسلم لتباين الدارين فان عادت مسلمة
لا يفسد نكاح الاخت لان العدة لا تعود عنده وعند ابي يوسف
تعود وفي بطلان نكاحها روايتان عنه والشافعي يمنع وجوب

النفقة

النفقة وفي النافع وجوب الحد مع العلم بالحرمة ممنوع وقوله
الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وبمعنى اشارته ما ذكر في باب
ثبوت النسب ان المبتوتة اذا جات بولد لاكثر من سنتين او لتمام
السنتين من بعد الطلاق فادعاه المطلق يثبت نسبه منه فدل
على ان هذه شبهة في المحل والشبهة اذا كانت في المحل يستوي فيها العلم
والظن في سقوط الحد عنه بخلاف الشبهة في الفعل فان النسب لا
يثبت اصلا كما لو وطي جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت
انها تحل لي قال في الجامع الصغير في كل موضع كانت الشبهة في
الفعل لم يثبت نسب الولد بها منه وان ادعى ولم يثبت النسب
منه بالدعوى دل على ان الشبهة في المحل والشبهة متى كانت في المحل
لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام هذا في المطلقة طلاقا ثلاثا
والمطلقة طلاقا باينا على مال لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق
الزنى ولم يرتفع في حق ما ينبني على الاحتياط وقوله لان الملك قد
زال في حق الحل لا يلزم منه وجوب الحد اذا وطيها اذا زفت اليه
غير امراته وقيل له غير امراتك فوطيها فان الوطي حرام اذ لا ملك
له فيها ولا شبهة ملك ويسقط الحد للشبهة وفي الذخيرة قال
صاحب الكتاب اذا كان احدى الاربع بدار الحرب فطلقها لا تحل
له الا بعد خمس سنين لاحتمال ان تكون حاملا فتبقى حملها خمس
سنين فان طلقها بعد خروجه بسنة انتظر اربعا فاذا كان يرى
احتمال الحمل يمنع فهو موجود في دار الاسلام ايضا فانه حين طلقها
ثانيا او تزوج خامسا يجوز ان يكون المطلقة حاملا كما ذكر
قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها وفي الذخيرة
المالكية لا يجوز للسيد نكاح امته ولا للسيدة نكاح عبدها
قاله الايمة الاربعة وعليه الاجماع وقال ابن المنذر اجمع اهل
العلم على بطلان نكاح المراة عبدها وروى الاثرم باسناده
عن عمر رضي الله عنه انه هم على رجم امراة انكحت عبدها ومتى
ملك احد الزوجين صاحبه انفسخ النكاح فيمنع الملك الابتدا
والبقا لقوة ملك اليمين كالرضاع ووجود الملك تميم عند الاكثر

قاعدة كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع فكذلك لا
يحد المجنون بسبب وجد في صحته ولا السكران بسبب وجد منه
في صحوه لان مقصود الحد الزجر ولا يحصل مع الجنون والسكر فلهذا
لا يشرع نكاح امته لحصول مقصوده بدونه بما هو اقوى منه
ووجه اخر ان مقصود الزوجية التراكن والتراحم والتوادد
والشفقة والاحسان من الطرفين لقوله تعالى لتسكنوا اليها
وجعل بينكم مودة ورحمة ومقصود الرق الامتهان والاستخدام
والقهر بسبب سابقة الكفر ومفارقته زجرا عنه فهذه المقاصد
مضادة لمقاصد النكاح فلا يجتمعان ووجه اخر ان مقتضى الزوجية
قيام الرجل على المراة بالحفظ والصون والتاديب لاصلاح الاخلاق
قال الله تعالى الرجال قوامون على النسا والاسترقاق يقتضي قهر
السادات للعبد بالاستيلا والاستهانه فيتعذر ان تكون زوجة
لعبدها وسيدة لتنافي البابين **قاعدة** كل امرين لا يجتمعان يقدم
الشرع والعقل اقوى الامرين وملك اليمين الذي هو الرق اقوى
من النكاح لانه يفيد ملك الرقبة والمنفعة والنكاح يفيد اباحة
منفعة الوطي وملك الاستيفا لما عرف فان تعذر ذلك فلا يتزوج
الرجل امته للقاعدة الثانيه والثالثة ومتى طرب الزوجية
على الرق او الرق على الزوجية بطلت الزوجيه ولا يثبت الا
الرق في ساير الاحوال للقاعدة الرابعه **وقوله** النكاح
شرع موجب ثمرات مشتركه بينهما بمزيه للزوجة ووجوب المهر
والكسوة والنفقة ووجوب الوطي عليه حكما وما بعدها ديانه
حتى لا يحل له العزل بغير رضاها ولها الخيار بالجب والعنه ويجب
له عليها من ثمرات النكاح التمكين من نفسها واقرارها فيما بينه
واعداد داخل البيت من الطبخ والغسل لشانه وتربيه ولده
ديانه وارضاعه والمملوكيه تنافي وجوب الديون والحقوق
على المالك وتنافي المالكية ،، وفي الذخيرة لو اشترت زوجها
بعد التفاسخ للنكاح ومنعته بالمهر لكن ان عبدا ثم اشتراه
وعندنا سقط الدين فيهما ولا يستوجب المولى على عبده دينا

ابتدا

ابتدا ولا بقا للتنافي ووجه اخر ان النكاح ضرورة لا يصار اليه
من غير ضرورة لان النكاح رق من وجه فلا يشرع في الحراير الا ما
الا الحاجة فان حصل ملك اليمين فقد استغنى عن ملك النكاح
فلا يشرع معه ولا ينفي وهذا التعليل صحيح في حق الرجل دون
المراه فان المراة لا تستغني بملك اليمين عن هذا لم يشرع لها نكاح
عبدها وفي البدايع ولان النكاح لا يجوز بغير مهر عندنا ولا يجب
للمولى على عبدها دين ولا العبد على مولاه قلت هذا التعليل
فيه نظر فان المولى لو جوز عبده امته يجوز ولا يجب المهر وقيل
يجب ويسقط فعلى هذا يجب ان يصح ،، وفي البدايع لو اشترى القن
او المدبر او المكاتب زوجته لا يفسد نكاحه لعدم الملك
قوله ويجوز تزوج الكتابيات اعلم ان حراير اهل الكتاب حلال
للمسلمين نكاحهن وممن روي ذلك عنه عمر بن الخطاب وعثمان بن
عفان وطلحة وحذيفه وسلمان وجابر وغيرهم وقال ابن المنذر
لا يحرم نكاحهن احد من الاوايل وحرمته الامامية وروي عن
ابن عمر رضي الله عنهما انه لا يجوز نكاح الكتابية وذكر قوله في المحلى
ويقول هي مشركه قال الله تعالى لقد كفر الذين قالوا ان الله ثالث ثلاثه
وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله وكان يحمل
الاية على من اسلم من اهل الكتاب ولعامة اهل العلم قوله تعالى والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم والمشركون غير اهل الكتاب قال
الله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين قد عطف
المشركين على اهل الكتاب والمعطوف غير المعطوف عليه وقال
الله تعالى لتجدن اشد الناس عداوة للذين امنوا اليهود والذين
اشركوا ولما شرف اهل الكتاب بالكتاب ومخاطبة رب الارباب احل
نساؤهم وطعامهم وفات غيرهم من الكفار هذا الشرف والفخر
فحرم مناكحهم وذبايحهم وفي الورى وشرح الاسبيجابي اهل الكتاب
هم اليهود والنصارى وفي المغني اهل الكتاب اهل التوريه
والانجيل والسامريه من اليهود والمتمسك بصحف ابراهيم وشيت
وزبور داود وليسوا باهل الكتاب قال وهو قول الشافعي وذكر
القاضي من الحنابله وجها انهم من اهل الكتاب وزعموا ان تلك

الكتب مواعظ وامثالا لا احكام فيها وفي الكتاب إشارة الى انهم من أهل
الكتاب فانه قال في الصابئات اذا كانوا يومنون بدين نبي ويقرون
بكتاب ولم يفرق بين كتاب وكتاب ولا يجوز نكاح المجوسيات وهو قول
الايمة الاربعة وغيرهم من الصحابه والتابعين وفقها الأمصار
والمراد التزويج بهن واباح وطيهن ابن المسيب وعطا وعمرو
بن دينار وطاووس وملك بملك اليمين وحل وطيها بملك النكاح وقال
مره الهمداني وسعيد بن جبير ومكحول والزهري والاوزاعي وابو
سلمة والحسن وابراهيم وحماد لا يطا المجوسية حتى تسلم وانه قال
الشافعي وابن حنبل قال ابو عمر بن عبد البر عليه جماعة فقها الامصار
ولم يبلغنا اباحة ذلك الا عن طاوس قلت قد ذكرنا اباحة ذلك عن
جماعه غير طاوس وكذا الوثنيات على هذا الخلاف وذكر اسحاق
في تفسيره من علي رضي الله عنه جواز نكاح المجوسية بنا على ما روي
المجوس من اهل الكتاب فواقع الملك اخته ولم ينكر عليه فرفع كتابهم
فنسي وهذا لا عبرة به فان الوثني من ولد اسماعيل والمعتبر حاله
الحاضر وقال احمد ما روي عن علي باطل واستعظمه جدا ولا يجوز
نكاح عبدة الشمس والكواكب وكل من لا كتاب له ولا نكاح الزنادقه
والمعطلة ولا يصح عن حذيفة انه تزوج مجوسيه وضعف احمد رواية
من روى ذلك عنه وقال ابو وايل تزوج حذيفة يهوديه وقال ابن سيرين
تزوج نصرانيه واما جواز وطي المجوسيات والوثنيات بملك اليمين فروي
لان النبي عليه السلام بعث يوم حنين قتلا وطاس فاصابوا سبايا فكان
ناسا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرجوا من غشيانهن من اجل ازواجهن
من المشركين فانزل الله في ذلك الا ما ملكت ايمانكم وقال فيهن لهم حلال
اذا انقضت عدتهن رواه ابو سعيد وعنه في سبايا اوطاس لا توطا
حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضه رواهما ابو داود
قال في المغني وهو حديث صحيح قلت واخرجه مسلم والترمذي والنسائي
وهم عبدة الاوثان واكثر سبيهم كان من كفار العرب عابدي الاوثان
فلم يكونوا يرون تحريمهن ولا امر للصحابه باجتنابهن وقد دفع ابو
بكر رضي الله عنه الى سلمة بن الاكوع امراة من السبي واتخذ عمرو ابنه
من سبي هوازن ومحمد بن الحنفيه بن سبي بني حنيفة واحل الصحابه

من سبايا فارس وهم مجوس وهذا الظاهر في اباحتهن لكن اتفاق اهل
العلم على خلافه وجواب ما تقدم انهن كن اسلمن وقال ابو عمر بن
عبد البر ان اباحة وطيهن منسوخة بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يؤمن قوله ويجوز تزويج الصابيات اذا كانوا يومنون بدين
نبي ويقرون بكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم
يجز مناكحتهم والصابي الخارج من دين الى دين قال السدي الصابيون
طايفة من اليهود كالسامره قال الاستاذ ابو اسحق هو قول عمر بن
الخطاب وقال قاضيخان هو قول علي رضي الله عنه وهو قول الامام
وفي الذخيرة القرافية الصابيون هم من النصارى والسامرة من
اليهود يجوز مناكحتهم وفي المغني عن احمد انهم طايفه من النصارى
ونص عليه الشافعي وهو قول اسحق بن راهويه وفي التجنيس وغيره مثا
يد وسامرية وبنت كتابي ومجوسية قولان وقيل هم طايفه من اليهود
كالسامرة وعند ابي يوسف ومحمد يعبدون الكواكب وعابد الكواكب
كعابد الوثن فلا يجوز مناكحتهم وفي المبسوط يكره نكاح الصابيه
عنده وقال مجاهد والحسن لا كتاب لهم وقال ابو العاليه وقتادة
يعبدون الملائكه ويصلون الى القبلة ويقرؤن الزبور وقال عبد
الرحمن بن زيد يقولون لا اله الا الله وليس لهم كتاب ولا نبي ولا
عمل وقال قتاده ومقاتل قوم يقرون بالله ويعبدون الملايكه
ويقرون الزبور ويصلون الى الكعبة اخذوا من كل دين شيا وقال
الكلبي هم من اليهود والنصارى يحلقون وسط رؤسهم ويجبون
مذاكرهم وقال عبد العزيز بن يحيى قد درجوا وانقرضوا فلا عين ولا
اثر وقال الخليل هم قوم يشبه دينهم دين النصارى الا ان قبلتهم
نحو مهب الجنوب يزعمون انهم على دين نوح عليه السلام وقال الجوهري
هم جنس من اهل الكتاب وفي المبسوط وذكر الكرخي انه لا خلاف بينهم
في الحقيقة اذ في الصابيين قوم يقرون بعيسى عليه السلام
ويقولون الزبور هم صنف من النصارى وانما اجاب ابو حنيفة
على مناكحة هولاء ذبايحهم وفيهم من ينكر النبوات والكتب اصلا
وانما يعبدون الشمس وهولاء كعبدة الاوثان وانما اجاب ابو يوسف
ومحمد في حق هولا قال السرخسي وفيما ذكر الكرخي عندي نظر فان

أهل الأصول لا يعرفون في جملة الصابئين من يقر بعيسى وانما يقرون
بادريس ويدعون له النبوة خاصة دون غيره ويعظمون الكواكب
تعظيم القبلة لا تعظيم العبادة وانما اشتبه مذهب هولاء لانهم
يدينون بكتمان الاعتقاد ولا يظهرونه البتة وقولهما اولى
لان عند الاشتباه يغلب الموجب الحرمة وفي السير الكبير منه
هم صنف من النصارى يقرون الزبور وهم الذين يظهرون
من اعتقادهم وعندهما يعتقدون ان الكواكب السبعة ويضمرون
ذلك ولا يستظهرون اظهار ما يعتقدون كالباطنية فبنى ابو حنيفة
على ما يظهرون وهما على ما يضمرون وذكر شيخ الاسلام في شرح
السير ان الصابئين تحل ذبايحهم ونساوهم عند ابي حنيفة
وابي يوسف خلافا لمحمد والسرخسي ذكر ابا يوسف مع محمد وهو
المشهور في المبسوط يكره نكاح الحربية وفي المنهاج يكره
نكاح الحربية والذمية في الصحيح وهو قول مالك لنا قوله
تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب في العطف والكراهة قسيمة
للحل فكان قولهم مخالف لنص القران فايدة صبا اذا خرج وصبا
النجم اذا طلعت وصبا يصبو ابلا جمزا اذا مال ويجوز للمحرم والمحرمة
ان يتزوجا في حال الاحرام قال الحافظ ابو جعفر الطحاوي
وهو قول عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وانس بن مالك
من الصحابة وبه قال سعيد بن جبير وعطاء وطاوس ومجاهد
وعكرمة وجابر بن زيد وعمرو بن دينار وايوب السختياني وعبيد
الله بن ابي نجيح وهو مذهب اهل العراق ومنعه الايمة الثلاثة
واخرون احتجوا بحديث نبيه بن وهب عن ابان عن عثمان بن عفان
رضي الله عنه عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ينكح
المحرم ولا ينكح وفي رواية ولا يخطب رواه مسلم وابو داود
والترمذي والنسائي وعن يزيد بن الاصم عن ميمونة بنت الحارث
قالت تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن حلالان رواه مسلم
وابو داود والترمذي وابن ماجه ولنا حديث جابر بن زيد
عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج
ميمونة وهو محرم رواه البخاري ومسلم وابو داود والترمذي

والنسائي

النسائي وعن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج
ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف وقال الحافظ
ابو جعفر وقد روى ابو عوانة عن المغيرة عن ابي الضحى عن مسروق
عن عايشة رضي الله عنها قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعض نسائه وهو محرم قال ابو جعفر نقلة هذا الحديث كلهم ثقات
يحتج برواياتهم قال شمس الايمة السرخسي ومن حيث المعنى الكلام واضح
في المسئلة فان النكاح عقد معاوضة والمحرم غير ممنوع من سائر
المعاوضات كالشري للتسري ولو جعل عقد النكاح
بمنزلة ما هو المقصود به وهو الوطي لكان تاثيره في ايجاب الجزاء
او افساد الاحرام به لا في بطلان النكاح به ولان تعين الاحرام ينفي
النكاح بينه وبين امراته صحيحا ولو كان الاحرام منافيا لابتداء
النكاح لكان منافيا لبقايه كالرضاع والدليل عليه انه لو راجعها
وهو محرم كانت رجعته صحيحة بالاتفاق وعند الخصم الرجعة سبب
يثبت الحل به في الوطي ولم يكن المحرم ممنوعا منه فكذا النكاح وهو
ايضا منقوض بالظاهر فانه يحرم الوطي به وانه لا يحرم العقد ابتداء
بان ظاهر منها ثم فارقها ثم تزوجها والاصول معنا وشواهدها
كلها لنا في المسئلة والجواب عن رواية يزيد بن الاصم ابن اخت ميمونة
ان عمرو بن دينار قال قلت للزهري وما يدري ابن الاصم اعرابي بوال
على ساقه اتجعله مثل ابن عباس مع انه يحتمل ان يكون عبر بالتزوج
عن البناء ساهلا لا او لان الحكم على احدهما بالوهم والرد والمجاز
اولى من الغلط قال الحافظ ابو جعفر الذين رووا انه عليه السلام
تزوج بها وهو محرم اهل علم وثبت من اصحاب ابن عباس مثل سعيد ابن
جبير وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وهولاء
كلهم فقهاء والذين نقلوا عنهم عمرو بن دينار وايوب السختياني
وعبيد الله بن ابي نجيح وهولاء ايمة يقتدى بروايتهم قال الطحاوي
واما حديث عثمان فانما رواه نبيه بن وهب وليس كعمرو بن دينار
ولا لجابر بن زيد ولا كمن روى ما يوافق ذلك عن مسروق عن عايشة
ولا لنبيه ايضا موضع من العلم كموضع واحد ممن ذكرناه وروى مالك عن
ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار ان رسول الله صلى الله عليه

وسلم بعث ابا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونه بنت
الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينه قبل ان يخرج قال ابو
عمر بن عبد البر حديث مالك في هذا الباب غير متصل رواه مطر
الوراق فوصله قال وهو غلط من مطر الوراق لان سليمان بن يسار
ولد سنة اربع وثلثين ومات ابو رافع بعد قتل عثمان بسنتين وكان
قتل عثمان في ذي الحجة سنة خمس وثلاثين ولا يمكن ان يروي عنه قال
الترمذي لا نعلم احدا اسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن
ربيعة وضعف البخاري حديث عثمان في النهي عن نكاح المحرم ورد
رواية مالك ومذهبه وقال ايضا حديث ابن الاصم مرسل وادخل
في صحيحه عن سعيد بن المسيب انه عليه السلام تزوجها وهو محرم
قال الطحاوي ما روي عنه عليه السلام انه تزوجها وهو حلال من
رواية مطر الوراق ومطر عندهم ليس ممن يحتج بحديثه قال ورفعه
انما كان من قول يزيد بن الاصم الا عن ميمونه اعترض قال القاضي
عياض قالوا النهي قول والجواز فعل والقول متقدم لوجهين
احدهما ان القول يتعدى دون الفعل والثاني يجوز ان يكون
الفعل مخصوصا به عليه السلام لا سيما في باب النكاح ولان الفعل
معارض في نفسه ولا معارض للقول وقالوا معنى قوله وهو محرم
اي حال في الاحرام لا قاصد للاحرام هذه الشبهة عمدتهم والجواب
عن قولهم القول يتعدى دون الفعل من وجهين احدهما المنع فان
الفعل يتعدى ايضا لان الاحرام لما ان يكن ما نعا منه في حقه وثبت
جواز العقد معه في حقه يثبت في حق امته اولى بالرخص وهو
بالعزايم لضعفهم وحاجتهم دونه وتحمل الاشق والوجه الثاني ان
القول ليس يتعين في عدم المشروعية لجواز ان يكون النهي للكراهة
وترك الاولى الا ترى انه خطب وهو محرم وتزوج وهو حلال جاز لا سيما
النكاح بالاتفاق وقد صح النهي عن الخطبة على خطبة اخيه المسلم ولو
فعل صح النكاح عندنا وعند الشافعي وابن حنبل خلافا لمالك وداود
الظاهري فاذا حمل النهي على الكراهة دون المشروعية امكن العمل
بالاحاديث كلها وهو خير من ابطال البعض والجواب عن الوجه الثاني ان
الاصل عدم الاختصاص ويلزم منه كره تغيير الاصل فلا يصار اليه

والجواب

والجواب عن تاويلهم لقوله وهو محرم اي حال في الحرم من ثلثة اوجه احدها
ان حمله على الحقيقه الشرعية اولى من الحقيقه اللغوية لما عرف والثاني
انهم يزعمون انهم كانوا يزعمون انه كان بالمدينة عند العقد وانما
زوجه اياها وكلاه عليه السلام فلم يكن في الحرم ولو ادعوا ان للمدينة
حرما لم يكن ذلك مسلما لهم ويكون على هذا النبي عليه السلام محرما على الدوام
الا ان ابعد عن المدينة والثالث ان الراوي الذي هو ابن عباس قطع له
بعقد الاحرام لانه دفع به قول من قال تزوج بها وهو حلال ولا يمكن
حمله على خلاف رواية الراوي مع ما ذكرنا من تضعيف البخاري وغيره
حديث عثمان في النهي وضعف رواية من روى انه تزوج بها قال
في المغرب سرف على ورن كتف جبل بطريق المدينه وقال ابن فارس
سرف مكان وانما اشتهر نكاحه فيه وبناؤه بها فيه وكان عليه
السلام عنده حلالا ولو ثبت فهو محمول على الوطي اي لا يطا المحرم ولا
يمكن المحرمة من وطيها قوله ويجوز تجويز الامة مسلمة كانت او
كتابية وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة عن الحارث والزهري انهما قالا
يتزوج الحر اربعا من الاماء من غير فصل وقال ابن عباس ومجاهد مما وسع
الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسرا الا ان يكون تحته حرة
قال قتادة والثوري اذا خاف العنت جاز له نكاح الامة وان وجد
طولا وفي الذخيرة القرافية اذا لم يستغن بامة واحدة يتزوج الى اربع
وهو قول ابن حنبل وان استغنى بها ففي الزيادة عليها خلاف واباح
حماد نكاح اثنتين من الاماء وعند الشافعي لا يزيد على واحدة وهو
رواية عن ابن حنبل ذكره ذلك في المغني وحاصله ان نكاح الاماء ورد
عند الشافعي ولهذا لم يجوز نكاح الامة الكتابية ولم يجوزوا الزيادة
على الواحدة المسلمة لما في ذلك من تعريض ولده على الرق وقواه بالكتاب
وهو قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المومنات فمما
ملكت ايمانكم من فتياتكم المومنات تجوز نكاح الامة بخمس شرايط ثنتان
فيها ان تكون مسلمة وان تكون مملوكا لمسلم كذا في عامة كتبهم وفي النهاية
لو اراد مسلم ان ينكح امة مسلمة لكافر عند عدم طول الحرة ووجود خوف
العنت فالمذهب الصحيح ومن الاصحاب من منع الاحتراز ارقاق الولد المسلم
الكافر ولد فيه وهو ان لا يكون تحته حرة وان يكون خايفا من العنت وان

يكون فاقد الطول الحرة وفي المنهاج للنواوي ان لا يكون تحته حرة تصلح
للاستمتاع وقيل ولا غير صالحة وان يعجز عن حرة تصلح للاستمتاع وقيل
او لا يصلح فلو قدر على غائبة حلت الامة ان لحقه مشقة ظاهرة
في قصدها وخوف الزنا في مدته فان امكنه التسري فلا خوف في
الاصح وفي المعترض خشية العنت ان تغلب عليه الشهوة مع ضعف
عاصم التقوى في حقه وليس معناها ان فان النفس الى النكاح بحيث
لو لم يتفق ذلك في الزنا من قولهم طريق مخوف وليس معناه وجود
قاطع الطريق فيه قطعا بل المراد به توقعه كذا هنا وفي نهاية
المطلب غلبة الظن ليست شرطا وتحقق الخوف من الوقوع في الزنا
واذا كان وقوع المحذور في الطريق بعارض سلامته بعد خوفا
وان كان الخوف لا يغلب على الظن فخوف العنت مثله والغيبة لا
تبيح نكاح الامة فانه لا سبيل الى ادخال الامة على الحرة وان
كانت الحرة هرمة ولو وجد مالا ولم يجد حرة مسلمة فله ان ينكح
الامة فان رضيت الحرة بمهر مؤجل فجعل فاقد الطول الحرة وفي
المغني لو وجد من يقرضه او يهب له او نقصت او رضيت بتاخير
صداقها فله نكاح الامة وفي الذخيرة روي عن مالك جواز
نكاح الامة مطلقا ومنشا الخلاف مفهوم الشرط ليس بحجة
او حجة وهو قول ابن القاسم والطول صداق الحرة ولا بد من
القدرة على النفقة وروي ان الطول وجود الحرة تحته وعلى
المشهور لو خشي العنت ابيحت له الامة ولو كانت تحته ثلث
حراير وهو ضعيف لان من كان تحته ثلث حراير لا يخشى العنت ولا
بواحدة ولو كانت خشية العنت تجوز مع ثلث حراير وادخالها
عليهن لجاز مع الاربع وفساد هذا ظاهر فان قدر على طول الحرة
بعد التزوج بالامة يبطل نكاح الامة عند مالك والشافعي
في الاظهر وطرو النسا لا يرفع نكاح الامة وقال المزني يرفعه
وهو رفعه وهو رواية عن احمد واتفقوا على ان زوال خوف
العنت لا يرفعه وعلل صاحب المعترض في الخلاف لامامة الشافعي
بان جواز نكاح الامة المسلمة تعلق بالشرطين فقدان طول الحرة
وخشية العنت والمعلق بالشرطين لا يوجد الا عند وجودهما ثم

قال

قال وهذا غير صحيح لان هذا اثبت للجواز عند وجودهما ولا يدل على عدم
الجواز عند عدمهما وحاصله يرجع الى ان تخصيص الشي بالذكر يقتضي
ثبوته عند وجوده ولا يتعرض الى عدمه عند العدم فيكون هذا
تمسكا بالمفهوم المختلف فيه وغير المذكور مفوض الى راي المجتهد
لينال ثواب الاجتهاد فيه او يكون ذكره باعتبار انه الغالب
والمسكوت عنه كالنادر وهنا كذلك فان نكاح الاماء اذا وجد اوانما
يقع في حالة العجز عن طول الحرة اذ العاقل يستنكف عن تزوج
الامة فخص بالذكر لهذا المعنى ولان منطوقه لا يدل على الصحة
فكيف يكون مفهومه الا على البطلان انتهى كلام صاحب المعترض
قلنا الوصف المذكور علة الحكم فيوجد الحكم بوجوده ولا اثر للعلة
في النفي لان عدم العلة لا يكون علة لعدم الحكم اذ الامر العدمي لا يصلح
علة لحكم عدمي ولا وجودي وان كان شرطا فالشروط اللغوية علة
للامر به فيعود البحث الاول ولان تقييد الوصف بالايمان يدل على منع
الامة الكتابية كقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اذ لا يجوز تحرير
الرقبة الكافرة في كفارة القتل اجماعا لتقييدها بالايمان فيما قالوا
نقول تحرير الرقبة في كفارة القتل لم يشرع الا مقيدة بالايمان بالاجماع
بخلاف النكاح فانه شرع مقيدا ومطلقا في الاثنين المتقدمتين
ولان طول القوة والقدرة كقوله تعالى ذي الطول والنكاح الوطي
حقيقة وفي العقد مجاز على ما مر فكان معنى الاية من لم يقدر ان يطا
حرة فان لم يكن تحته حرة فليتزوج امة والطول الملك ايضا كقوله تعالى
استاذنك اولوا الطول منهم فلا يبقى حجة مع هذا الاحتمال واشتراط
خشية العنت اثبات كراهة التزوج بالامة عند عدمها ولان الله
تعالى وصف المحصنات بالايمان وشرطه فيهن وقد تركتم ذلك ولم
تجوزوا الامة مع طول الحرة الكتابية في احد الوجهين قال امام
الحرمين اقربهما الى المعنى وجوزتم نكاح الامة مع طول الحرة
الكتابية في احد الوجهين فقد جوزتم له ارقاق ولده مع الاستغنا
عنه بالحرة الكتابية ولان العلة في المنع لو كان ارقاق الولد لما جاز
عند الحاجة كما لا يجوز ارقاق ولده الحر بالبيع عند المجاعة والحاجة
ولان العلة في التحريم لو كانت ارقاق الولد ينبغي ان يجوز له التزوج

بالأمة الآيسة وينبغي أن يجوز للمجبوب أن يتزوج بالرتقاء لانتفاء علة التحريم
وهو باطل أيضا بإدخال الحرة على الأمة مع بقاء نكاح الأمة ومن نصفه
حر ونصفه عبد ينكح أمة مع القدرة على الحرة واتفقوا عليه وللعبد
أن ينكح أمة مع طول الحرة وليس له أن ينكح أمة على حرة وله أن يجمع بين
الحرة والأمة عندهم في عقده وله نكاح أمتين والحر لا ينكح إلا أمة
واحدة والأمة الكتابية لا يتزوجها حر مسلم ولا عبد مسلم نص عليه
الشافعي قال وإذا قلنا أن الرق غير معتبر ولا مؤثر في حقه فليكن
الأمة الكتابية في حقه كالحرة الكتابية قال وهذا متجه على هذه
القاعدة ويجوز أن نكاح الأمة الكتابية من الحر الكتابي وكفرها
لا يؤثر في حق الكافر وفي الحواشي إرقاق الحر يعتمد سبق الحرية
قلت الإرقاق إثبات الرق وشرطه أن يكون رقيقا قبله لتحصيل الحاصل
وتحته أمران أن يكون حرا قبله وأن لا يكون رقيقا فحين كان نطفة
لم يكن حرا ولا رقيقا هذا البحث هو الصواب قال فخر الدين الرازي
في تفسيره الكبير كلمة إن وإذا يفيد أن حصول المشروط عند
حصول الشرط ولا يفيد أن عدمه عند عدمه وقال أيضا إذا
مقتضاه الثبوت عند الثبوت أما العدم عند العدم فغير مسلم
وذكر الشيخ إمام الهدى أبو منصور الماتريدي السمرقندي أن الطول
يحتمل وجوها أحدها الطول نكاح الحرة للعجز عن النفقة والكسوة
والمسكن دون المهر وهذا الوجه أوجه لوجوه أحدها أن طول
المهر مذكور في نكاح الأمة بقوله تعالى فآتوهن أجورهن الثاني
أن من وجد طول الأمة كان واجدا طول الحرة الثالث قوله عليه
السلام لا تنكح الأمة على الحرة لم يكن للنهي معنى الرابع طول المهر
ليس بشرط لجواز النكاح فإنه يجوز بمهر في الذمة الخامس معناه
من لم يملك فراش الحرة فله أن ينكح أمة وعن ابن عباس مما وسع الله على
هذه الأمة واليهودية والنصرانية وإن كان موسرا ويحتمل
طول إمساك الحرة للعجز عن النفقة فله تطليق الحرة والتزوج
بالأمة لأن إدخالها على الحرة لا يجوز فكانت الآية دليل وجوب
الإمساك بالمعروف وكذا الإيمان العبادات شرط الأولى عند أهل
العراق كالإيمان المحصنات وقال ناصر الدين ابن المنير قيل هل يستطيع

ربك هل يفعل يقول للقادر هل يستطيع كذا مبالغة في التقاضي فيكون عبارة
عن المسبب لأنها من أسباب الإيجاد وعكسه التعبير عن الإرادة
بالفعل في قوله تعالى إذا قمتم إلى الصلاة قال ومنه تأويل أبي حنيفة
رضي الله عنه ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح أي ومن لم يملك وحمل النكاح
على الوطء وجعل الاستطاعة نفس الملك حتى أن القادر غير المالك
عادم للطول قال كنت استبعد ذلك حتى وقفت على هذا التولد عن
الحواريين وهو قول حسن **قوله** ولا يتزوج أمة على حرة وعن
الحسن البصري لا تنكح الأمة على الحرة فإن فعل لم يترك وعن سعيد
ابن المسيب ومكحول في الرجل يتزوج الأمة على الحرة قالا يفرق
بينهما وعن الزهري يوجع ظهره وينزع منه وعن ابن طاوس
قلت لأبي رجل تزوج أمة على حرة وإنه يزعم أنه قد حرموها عليه قال
صدقوا ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه وفي الذخيرة على القول باشتراط
الطول خمسة أو الخيار الحرة كانت الأمة الداخلة عن الحرة وبالعكس
والثاني إن كانت داخلة على الأمة خيرت أو الأمة الداخلة فلها الخيار
في الأمة والثالث إن دخلت الأمة الأمة عليها في نفسها أو بالعكس
فلا خيار لها الرابع إن دخلت الأمة عليها فسخ نكاح الأمة
والخامس إن دخلت الأمة فسخ نكاحها وإن دخلت الحرة لم يفسخ
نكاح الأمة وعند الشافعي لا ينكح أمة على حرة وله الجمع بينهما في
عقده وذكرت أقوال مالك في ذلك ونهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم أن يتزوج الأمة قال أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه فيه رجل
مجهول وعن مسروق لا ينكح الأمة على الحرة إلا المملوك وعن مسروق
عن عبد الله مثله ولأن الرق أثر في تنصيف النعمة والعقوبة على ما
يأتي فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام
ويجوز تزوج الحرة عليها وهو إجماع وفي المدونة لا يتزوج حر
على أمة فإن فعل جاز وحرمت الحرة بتطليقة ثانية وفيه أيضا يجوز
نكاح الحرة على الأمة والخيار للحرة إن لم تكن علمت وعن ابن عباس
تزوج الحرة على الأمة طلاق الأمة ومثله عن مسروق وعند ابن حنبل
في بطلان نكاح الأمة روايتان عدم البطلان قول سعيد ابن المسيب
وعطاء والشافعي ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه والثانية ينفسخ

نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق والمزني واسحق وقال النخعي ان
كان له ولد من الامة لا يفارقها والا فارقها ذكر ذلك في المغني وعن
سعيد بن المسيب تنكح الحرة على الامة ولا تنكح الامة على الحرة وان الحرة
من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصب في حقهما حتى لو جمع بينهما
في عقد واحد بطل نكاح الامة وصح نكاح الحرة وفي قول الشافعي
ببطلان وفي الذخيرة يجوز للعبد ادخال الامة على الحرة والحرة
على الامة ولا خيار وقال عبد الملك لها الخيار وفي المد ونه ان تزوج
حرة وامة في عقد وسمى لكل واحدة صداقا فسخ في حق الامة ان
ان علمت الامة فلا خيار لها والا فعت وقال ابن القاسم يفسد
لجمعه بين حلال وحرام كالجمع بين الام وبنتها في عقد وعن المسيب
والبصري والزهري لا يتزوج الامة على النصرانية الحرة واليهودية
الحرة وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا يتزوج النصرانية واليهودية
على المسلمة وعند الجمهور يجوز وبه قال ابن المسيب والبصري
والشعبي والنخعي والحكم وحماد والثوري والاوزاعي وابو عبيد
وابو ثور وابن المنذر وفي الذخيرة يجوز التزوج بابنة الاب والام
والاجداد والجدات وقيل بابنة الاب والام خاصة لان ولده منها
حر وجوز للعبد والخصي والشيخ الفاني فيبطل لتعلقه بمفهوم
الشرط والعنت الزنا واصله الضيق والمشقة قال الله تعالى ولو شا
الله لاعنتكم اي لضيق عليكم ولو كان الزنا يؤدي الى عذاب الله تعالى سمي
عنتا من تسمية السبب باسم المسبب فان تزوج امة على حرة في طلاق باين
لم يجز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز لانه ليس بتزوج
عليها خلاف الوجهين ولهذا الو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا
ولابي حنيفة ان لبقا العدة حكم قيام النكاح من وجه في الاحتياط
في المنع فاشبه نكاح الاخت في عدة الاخت بخلاف اليمين لان المقصود
فيها ان لا يدخل في قسمها غيرها لان بقا النكاح من وجه لا يكفي
الحنث لان في الحنث يشترط وجود شرطه صورة ومعنى حتى لا يحنث
بالشك اذ الاصل براة الذمة وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاما
وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك وعن القاسم ابن ابراهيم انه اباح نكاح
تسع وهو خرق الاجماع وفي الحواشي حكاه عن النخعي وابن ابي ليلي وعن

بعض

بعض الشيعة الخوارج جواز نكاح ثماني عشرة تعلقا بقوله تعالى فانكحوا
ما طاب لكم من النسا مثنى وثلاث ورباع فمن جعل مثنى بعد العدل بمعنى
اثنين وكذا ما بعده اباح نكاح تسع ومن قال مثنى بمعنى اثنين مرتين
اباح نكاح ثماني عشرة امراة وحكى القاضي عبد الوهاب عن بعض
الناس انه يجوز للرجل ان يتزوج من النسا اي عدد شا قليلا كان او
كثيرا من غير حصر اعلم ان معنى مثنى اثنتين اثنتين غير محصورة وكذا
ما بعدها وفي البدايع المراد في ما يراد بالمثنى مرتان وبالثلث ثلاث مرات
قلت هذا سهو منه بل المراد في ما يراد من ثلاث سنة وقال الاستاذ ابو
اسحق في تفسيره ان مثنى معدول من اثنين والواو بمعنى او للتخيير
وذكر ابن عمرون في شرح المفصل انهما في قول المثنى احاد في معنى واحد
غير تكرر قال وكذا وقع مثنى موقع اثنين غير تكرر وفي مشارق
الانوار لعياض حين يقوم من المثنى يعني من جلوس ثانية الصلاة الرباعية
ومثله قوله عليه السلام صلاة الليل مثنى مثنى اي ركعتان اثنتان
والمعاه على الاول وفي الكشاف الخطاب للجميع فوجب التكرير كل ناكح
يريد الجمع ما اراد من العدد الذي اطلق له كما تقول اقتسموا هذا
المال درهمين درهمين وثلاثة ثلاثة واربعة اربعة ولو افردت لم يكن
له معنى ولو قلت اقتسموه درهمين درهمين او ثلثة ثلثة او اربعة اربعة
اعلمت انه لا يسوغ لهم ذلك الا على احد انواع هذه القسمة وليس لبعضهم
التثنية والواو جوزت لهم الاختلاف والاتفاق والدليل على ان الواو ليس
للتخيير قوله تعالى اولي اجنحة مثنى وثلاث ورباع ولم يرد ان لكل ملك
تسعة اجنحة مثنى وثلاث ورباع والمثنى داخل في الثلاث والثلاث داخل
في الرباع والواو على سبيل البدل وذكر ابن عمرون ان مثنى نكرة عند
البصريين معرفة عند الكوفيين ولا يدخله اللام كاين قال سيبويه
ينصرف ان صغرته كعمر واحمر ومعنى الاية لينكح بعضكم اثنتين وبعضكم
ثلاث وبعضكم اربعا ولا يجوز الجمع لا لغة ولا شرعا واذا تزوج تسعا في
زمان واحد لا يكون مثنى ولا ثلاث ولا رباع بل يكون تساع فايدة
اباح الله سبحانه الزواج في التوراة من غير حصر عدد حفظا لمصالح الرجال
دون النسا وحرم في الانجيل الزيادة على الواحدة حفظا لمصالح النسا
دون الرجال وجمع في هذه الشريعة الشريفة المعظمة بين الرجال والنسا

وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة مسلمة وقد تقدم وقوله تعالى فانكحوا
ما طاب لكم من النسا ينتظم الحرة والامة كما في الايلا والظهار قوله ولا يجوز
للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وبه قال عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنهم وهو مذهب عطا والحسن البصري والشعبي والثوري وقتادة
والشافعي وابن حنبل وقال سالم والقاسم ومجاهد والزهري وربيعة
ومالك وابو ثور وداود الظاهري انه نكاح كالحر واستدلوا عليه
بالعمومات ولنا قول من سمينا من الصحابة ولا نعرف لهم مخالف في عصرهم
فكان اجماعا ولان الرق منصف على ما عرف فان اذن له سيده في التزوج
يتزوج واحدة لا غير عند العامة وقال ابو ثور ان عقد على اثنتين
في عقده جاز في المحلى وعن عطا اجمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
على ان العبد لا يجمع بين النسا فوق اثنتين وعن عمر بن الخطاب رضي
الله عنهما انه سال الناس كم ينكح العبد فاتفقوا على ان لا يزيد على
اثنتين قال علي الظاهري هذا مما خالف فيه المالكيون صحابة لا
نعرف لهم مخالف من الصحابة قوله وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح
كالحر حتى ملكه بغير اذن سيده هذا لم يقله مالك قال ابو بكر ابن العربي
في العارضة لا خلاف لاحد في ان العبد لا يجوز له تزوج بغير اذن سيده
فان تزوج بغير اذنه كان للسيد اجازته او رده فان قدم عليه فلا
حد عليه واوجب الظاهرية عليه الحد وعزاه ابن حزم الى جماعة من
السلف لقوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر
رواه ابو داود وذكر عن مالك في ذلك تناقضا وهو انه جعل ردى
المولى له طلاقا وجوز له التسري مالك واحمد بان يتسرى
ومنعه ابن سيرين وحماد والثوري والشافعي مع اصحابنا فان ملكه
جارية واذن في التسري بها جاز عنده فان طلق الحر احدى نسايه
الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى ينقضي عدتها
وقد ذكرنا مذاهب العلما في ذلك عند ذكر نكاح الاخت في عدة الاخت
وذكر ابو بكر ابن ابي شيبة في مصنفه انه قول علي وزيد ابن ثابت وابن
عباس وابن المسيب وعبيدة ومجاهد وعطا والحسن وابي صادق وابراهيم
واجازه القاسم وعروة ومثله في عدة الاخت فان تزوج حبلى من الزنا
جاز النكاح ولا يطاها حتى تضع حملها هذا عند ابي حنيفة ومحمد وبه

قال

قال الشافعي ويجوز وطيها وقال ابو يوسف وزفر ومالك وابن حنبل
لا يجوز وفي الذخيرة ان كان هو الذي زنا بها وظهر الحبل جاز
النكاح عند الكل ويطاها عند الكل وتستحق النفقة وكذا عندهما
في مسئلة الكتاب وفي الوبري وغيره لا نفقة لها ولا سكنى لانه ممنوع
من وطيها والاستمتاع بها وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح
باطل بالاجماع اي فاسد وعن ابي حنيفة ان كان النسب من حربي
يجوز النكاح ولا يطاها حتى تضع كالحامل من الزنا والاصح المنع والجواز
رواية ابي يوسف واعتمدها الطحاوي والمنع رواية محمد واعتمدها
الكرخي وهو المعتمد عليها لما روى مسلم انه عليه السلام راى امراة
مجحا على باب فسطاط فقال لعله يريد ان يلم بها قالوا نعم قال هممت
ان العنه لعنا يدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له ام كيف
يورثه وهي لا تحل له والمجح الحامل التي دنت ولادتها قال القاضي
عياض قوله كيف يستخدمه وهو لا يحل له اشارة الى انه قد سمى الجنين
بنطفته هذا الوطي لامه الحامل فيصير مشاركا فيه لامه وكان له
بعض الولد فاذا حصلت المشاركة منع الاستخدام وعنه عليه السلام
انه قال من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يسقي ماءه زرع غيره يعني
وطي الحوامل وقال عليه السلام لا توطا حامل حتى تضع صحيح وان زوج
ام ولده وهي حامل فالنكاح فاسد وان وطي جاريته ثم زوجها جاز
النكاح عندنا وكذا لو زوج ام ولده وهي ليست بحامل وعند الايمة
الثلاثة لا يصح نكاحها قبل الاستبرا بحيضة على ما ياتي في باب العدة
والاستبرا وينبغي له ان يستبريها قبل التزوج صيانة لمايه واذا
جاز النكاح قبل استبرايها فللزوج ان يطاها قبل استبرايها
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطاها قبل الاستبرا
لاحتمال الشغل بما المولى فالتنزه اولى وفي المشكلات لا يحل له وطيها
حتى يستبريها بحيضة ولهما ان الحكم بجواز نكاحها دليل الفراغ
فلا يومر بالاستبرا بعد دليل الفراغ وجوبا ولا استحبابا قلت يرد عليه
التزوج بالحبلى من الزنا فانه صحيح ولا يصح الوطي فلم يكن الحكم
بصحة النكاح دليلا على الفراغ ويجاب عنه بان ذلك يكون مرجحا للفراغ
عند احتماله لا عند تحقق الامر بخلافه وهذا الخلاف التسرى فانه لا

يدل على الفراغ بجوازه مع الحمل الثابت النسب كتزوج الامة المزوجة
الحامل من الزوج وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له وطيها
قبل ان يستبريها عندهما ولا يجب عند محمد وطيها قبل الاستبرا والاول
قول مالك والشافعي وقال قتادة واسحق وابو عبيد وابن حنبل لا يجوز
الا بشرطين انقضا عدتها وتوبتها وقال ابن حزم في المحلى لا يحل للزانية
ان تنكح زانيا ولا عفيفا حتى تتوب فاذا تابت حل لها التزوج من عفيف
ولا يحل للزاني المسلم ان يتزوج مسلمة لا زانية ولا عفيفة حتى يتوب وللزاني
المسلم ان يتزوج كتابية عفيفة وان لم تتب والزنا الطاري بينهما ومن
احدهما لا يوجب فسخ نكاحهما وروى ذلك باسناده عن علي وابن مسعود
والبراء بن عازب وجابر بن عبد الله وابن عمر وعايشة واخرين رضي الله عنهم
قال ابن المنذر وهو قول جابر وطاوس وابن المسيب وابن زيد وعطا
والحسن وعكرمة والزهري والثوري والشافعي واستدلوا على ذلك
بظاهر الاية وللجمهور ان ابن عمر رضي الله عنه ضرب رجلا وامراة في الزنا
وحرص ان يجمع بينهما فابى الرجل وروى ان رجلا سال ابن عباس رضي الله
عنهما عن نكاح الزانية فقال يجوز ارايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه
اكان يجوز وعدة الزانية عن ابن حنبل ثلث حيض كعدة المطلقة
ثم اذا تابا حل للزاني ان يتزوج بمن زنى به عند الجمهور وعن ابن مسعود
وابن عازب وعايشة رضي الله عنهم انها لا تحل للزاني بحال ثم لا يفرق
بين الزوجين بزنى احدهما وعن جابر بن عبد الله ان المراة اذا زنت
يفرق بينهما ولا شي لها وعن الحسن مثله وعن علي انه فرق بين امراة
ورجل زنى قبل ان يدخل بها وقال احمد لا ارى ان يمسك زانية ولا
يطا الزوجة حتى تعتد من الزاني بثلث حيض عنده وقيل يكتفي
بحيضة وقال ابن حنبل لا يطا جارية الزانية وقال ابن مسعود
اكره ان يطا امته وقد بغت وعن ابن عباس وابن المسيب الرخصة في وطي
امته الفاجرة ومذهب عايشة رضي الله عنها المذكور مذهب
الامامية ويقولون ان زنى بامراة لها زوج او هي في عدة زوج
من طلاق رجعي او هي في عدة زوج لم تحل له ابدا واكثر المفسرين على
نسخ الاية ثم قيل نسخها قوله تعالى بعدها وانكحوا الايامى منكم
قاله سعيد ابن المسيب واخرون وقيل منسوخة بقوله تعالى فانكحوا

ما طاب لكم من النسا الاية وقيل الاية فيمن اراد ان يتزوج بعينه معلنه
بالزنى وتحلها والزنا فيه بحد وقد ذكر الشيخ ابو بكر الرازي
في احكام القران قالوا والمراد بالنكاح الوطي والعقد اظهر
والاول مروي عن ابن عباس وهو يقوى بقوله تعالى الزاني لا ينكح
الا زانية او مشركة والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك فان
ظاهره يجوز للزانية نكاح المشرك وهو غير جايز بالاجماع وفي
الكشاف الفاسق الذي من شانه الزنا لا يرغب في نكاح الصوالح
من النسا على خلاف صفته وانما يرغب في زانية مثله او مشركه
وكذا الزانية المسافحة المشهورة بذلك لا يرغب في نكاحها الصلحا
من الرجال وينفرون عن نكاحها وانما يرغب شكلها من الزناة
وفرق بين الزاني والمشرك تفخيما لامر الزنا واسقطا ماله
ومعنى الجملة الاولى وصف الزاني بكونه غير راغب في العفايف
لكن في الزواني ومعنى الجملة الثانية وصف الزانية بكونها غير
مرغوب فيها للاعفا والصالحين والزناة وفي مصنف ابي بكر
بن ابي شيبة وعن علي وابي هريرة والحسن لا يتزوج المحدود
الا بمحدودة والجماعة على خلافه **قوله** ونكاح المتعة باطل
وهو ان يقول لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وفي النتايج
صورته ان يقول خذي هذه العشرة لاتمتع بك او لاستمتع بك
او متعيني نفسك اياما والنكاح الموقت ان يتزوج امراة بشهادة
شاهدين عشرة ايام او شهرا او سنة ونحوها والفرق بذكر لفظ
التزوج في الموقت دون المتعة وكذا بالشهادة فيه دون المتعة
الا بلفظها وفي المفيد خلاف زفر فيما ان تزوجك شهرا بكذا الا في اتمتع
بك وفي البدايع نكاح المتعة نوعان احدهما ان يكون بلفظ النكاح
والتزوج وما يقوم مقامهما فالاول يقول اتمتع بك يوما او شهرا
او سنة على كذا وهو باطل وفي ملتقى البحار النكاح الموقت في معنى
المتعة عندنا خلافا لزفر وحكى ابن عبد البر وابن قدامة الحنبلي
والنواوي عن زفر ان نكاح المتعة يصح ويتابد عنده ونقلهم غلط
وانما قال زفر في النكاح الموقت كما ذكرته عن اصحابنا وفي المغني
وهو ان يتزوجها شهرا او سنة او الى انقضا الموسم او قدوم الحاج

ونحوه وسواء كانت السنة مجهولة او معلومة وهو قول عامة الصحابة
رضي الله عنهم والفقها وممن روي ذلك عنه عمر بن الخطاب وعلي وابن
مسعود وابن عمر وابن الزبير قال ابو عمر بن عبد البر على تحريمه
اهل المدينة وابو حنيفة في اهل الكوفة والاوزاعي في اهل السنة
والليث ابن سعد في اهل مصر والشافعي وابن حنبل في اهل الاثر وفي
قواعد ابن رشد وغيره اختلفوا في وقت تحريمها ففي بعض الروايات
حرمها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر من رواية علي بن ابي طالب
متفق عليه وفي بعضها يوم الفتح رواه مسلم وفي بعضها في غزوة
تبوك وفي بعضها في حجة الوداع رواه احمد وابو داود وفي بعضها
في عمرة القضا عن سبرة ابن معبد الجهني وقاله الحسن البصري
ذكره في المغني وفي بعضها عام اوطاس رواه مسلم واشتهر عن ابن عباس
رضي الله عنهما تحليلها وتبعه على ذلك اكثر اصحابه من اهل مكة واليمن
وروي عنه انه كان يحتج على ذلك بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن
فاتوهن اجورهن وروي عنه انه قرا الى اجل مسمى وهي قراءة ابن
مسعود ايضا قال صاحب البدايع والتمسك بها من ثلاثة اوجه
اولها انه تعالى ذكر فيها الاستمتاع وهو التمتع ولم يذكر النكاح
ثانيها انه امر بايتاء اجورهن وحقيقة الاجارة في المتعة على
العقد على منفعة البضع وثالثها انه اثبته بعد الاستمتاع
وهو حكم الاجارة والمتعة اما المهر فانه يجب بالعقد نفسه
ولا يتوقف على وجود الاستمتاع وروي عنه انه قال ما كانت
الا رحمة رحم بها امة محمد ولولا نهي عمر عنها ما وقع في الزنا الا
شقي روى ذلك عنه ابن جريج وعمرو بن دينار وعن عطا قال سمعت جابر
بن عبد الله يقول تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر
ونصفا من خلافة عمر ثم نهى الناس وهو يحكى عن ابي سعيد الخدري
واليه ذهبت الشيعة وخالفوا عليا وعامة الصحابة رضوان الله
عليهم والحجة عليهم في ذلك الاحاديث الثابتة التي ذكرناها في النهي
عنها والنص على تحريمها واباحتها منسوخة قال ابن المنذر في
الاشراف قال القاسم بن محمد تحريمها في القران وقرا والذين هم
لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين

وهي

وهي ليست من الازواج بدليل انه لا طلاق فيها ولا عدة ولا سودة عندها
ولا ميراث فيها قال النواوي في شرح مسلم قال القاضي اتفق العلما
على ان هذه المتعة كانت نكاحا الى اجل لا ميراث فيه ولا شهود عند
الفرقة بانقضا الاجل من غير طلاق وعن ابن مسعود رضي الله عنه
انه قال نسخها الطلاق والعدة ومثله عن علي وقال ابن عباس
كل فرج سواهما حرام رواه الترمذي اي سوى ازواجهم او ما ملكت
ايمانهم وقال ابن الزبير المتعة الزنا الصريح ولا اجد احدا يعمل
بها الا رجمته وعن علي رضي الله عنه نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن متعة النسا وعن لحوم الحمر الانسية يوم خيبر متفق
عليه وعنه عليه السلام انه قال اني كنت اذنت لكم في الاستمتاع
من النسا وقد حرم الله ذلك الى يوم القيامة الحديث رواه مسلم
واحمد وروي عن ابن عباس انه امسك عن الفتوى فيها حتى بلغه
انه قيل فيه شعر وهو قال

اقول وقد طال الثواء مطاياه يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس
هل لك في رخصة الاطراف انسة تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقال انا لله وانا اليه راجعون ما بهذا افتيت ولا هذا اردت ولا
احللت الا ما احل الله من الميتة والدم ولحم الخنزير يعني ان اباحتها
كانت في حال الاضطرار قال الخطابي شبهه بالمضطر الى الطعام في
المخمصة قال وهذا قياس غير صحيح اذ لا يباح الابضاع في حال الضرورة
وقد امره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصوم ذكره ابن شداد في
احكامه وعن سعيد ابن جبير سمعت عبد الله ابن الزبير يخطب وهو
يعرض بابن عباس يعيب عليه قوله في المتعة ان ناسا اعمى الله قلوبهم
كما اعمى ابصارهم يفتون بالمتعة فقال ابن عباس لو شيت سميت
رجالا من قريش ولدوا منها وقال علي لابن عباس انك رجل تائه ان النبي
نهى عن متعة النسا رواه مسلم وعن سبرة بن معبد الجهني قال
خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى مكة في حجة الوداع فاذن
لنا في المتعة فانطلقت انا وصاحبي الى امراة من بني عامر كانها
بكرة عيطا طويلة العنق فعرضنا عليها انفسنا فقالت ما تعطيني
قلت ردائي وقال صاحبي ردائي وكان ردا صاحبي اجود من ردائي وكان

ردائي خلقا وكنت اسن منه فاذا نظرت الى رداء صاحبي اعجبها واذا نظرت
الى ردائي اعجبها ثم قالت رداؤك يكفيني فمكثت معها ثلثة ايام ثم كان
التحريم المحدث رواه مسلم والحافظ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار
وابو داود وابن ماجه ولم يروي مكان رداء بردي والبكرة الفتية
اي الشابة القوية والعيطا بالعين المهملة والمد الطويلة العنق
في اعتدال وحسن واعتدال وقوام وفي مسلم وبردي خلق اي قريب
من البالي وبردي مح وهو البالي وفيه فلمسناه مثل البكرة العنطنطة
وهي كالعنطا والعنطل من النسا الطويلة وكذا من النوق والخيل
وقال اوحد منطل بحا محقق دعاء الدور نعمت زورق والثاني العنطا
اصله هو عين الكلمة ووزنها فعلا ومذكرها اعنط وفي اعنطل
زايدة ووزنها فعيل ويجوز ان تكون اليا فيها اصلية ويكون وزنها
فعللا كما كانت اصلية وفي عنطا مثل دمس ودمسرة وبرنا ولولو
ولا اله ولا يجب الحد فيها عندنا وبه قال الشافعي واختلف فيه اصحاب
مالك ونكاح المتعة لا يجوز عند مالك ونقل صاحب الكتاب عنه سهو
قال النواوي وهل يرتفع الاجماع المتاخر الخلاف المتقدم لا يرفعه على
الاصح عند الشافعي وعندنا اجماع كل عصر حجة فقد قال محمد رحمه
الله ان قضا القاضي ببيع امهات الاولاد باطل للاجماع الثاني وحكى
الكرخي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينقض فقال بعض مشايخنا دل
على ان الاختلاف الاول جعله مانعا من الاجماع المتاخر ومنهم من قال
تاويله انه اجماع مجتهد فيه فكان فيه شبهة فينفذ قضاؤه
للشبهة في الاجماع الثاني هكذا ذكره فخر الاسلام ابو اليسر البزدوي
في اصول الفقه وذكر شمس الائمة السرخسي في الاصول عندنا هذا
اجماع لكن يوجب العمل دون العلم كخبر الواحد قال والاوجه عندي
انه اجماع عند اصحابنا ونفاذ القضاء عند ابي حنيفة وابي يوسف
في بيع ام الولد لشبهة الاختلاف في الاجماع الثاني فكان هذا الاجماع
مجتهدا فيه الا انه لا يرفع الاختلاف المتقدم والجواب عن قول جابر
تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر ونصفا من خلافة عمر
او صدرا من خلافته انما فعل ذلك من لم يبلغه النسخ قال ابو بكر بن العربي
انما اخر والنهي لاشتغال الناس بالعسه عن تمهيد الشريعة فلما خلا الحق

عن

عن الباطل وتفرغ الامام والمسلمون ونظروا في فروع الدين بعد
تمهيد اصوله انعقد وامر بتحريم نكاح المتعة ما كان مشهورا بايننا
عندهم حتى راى عمر ومعاوية وعمرو بن حريث قد استمتعا فيها
هما وفي العارضة ثلثة اشيا نسخت مرتين نكاح المتعة ولحوم الحمر
الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلاة والجواب عن الاية ان
الاستمتاع منهن بالنكاح لان المذكور في ذلك هو النكاح دون
المتعة وبعدها ومن لم يستطع منكم ان ينكح المحصنات المومنات
والمهر في النكاح يسمى اجرا قال الله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن
واتوهن اجورهن فما استمتعتم به منهن اي ادم الاستمتاع بهن
ولو دلت الاية عليها فهي منسوخة لما قدمنا وجه قول زفر انه
ذكر النكاح بحضور شاهدين وشرط فيه شرطا فاسدا فيصح
النكاح ويلغو الشرط لان النكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة
كما لو تزوجها على ان يطلقها بعد عشرة ايام قلنا هو في معنى نكاح
المتعة والمعتبر في التصرفات معانيها دون الفاظها الا ترى
انه من قال لغيره جعلتك وكيلا باعتبار المعنى فيهما وما قاله باطل
بما لو قال تزوجتك بعد عشرة ايام او من راس الشهر او ان دخلت
الدار فقد تزوجتك فان النكاح يبطل في هذه الصور ولا يلغوا
الاضافة والتعليق ذكره في التحفة وفيه لو قال ان تزوجتك على ان
اطلقك الى عشرة ايام او قالت زوجت نفسي منك على هذا ينعقد
ويبطل الشرط وهو اظهر قولي الشافعي وعند احمد لا ينعقد اذا
صدر هذا منه ولي عندهما ولا فرق بين ما اذا طالت المدة او قصرت
في ظاهر الرواية وفي البدايع وروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا
ذكر مدة لا يعيشان الى مثلها يصح النكاح ولانه في معنى المؤبد
واختلف المشايخ في ذلك ايضا فمن نظر الى المعنى صحح النكاح وابطل
الاجارة ومن نظر الى اللفظ التاقيت ابطل النكاح هنا وصحح الاجارة
وحكي ان المامون امر مناديا ينادي بحل المتعة فقام اليه القاضي
يحيى بن البر وهو يتوضا فقال ناشدتك الله يا امير المومنين ان تبيح
الابضاع بغير نكاح فانها لا تثبت النسب ولا يجري بينهما التوارث فلو
كانت نكاحا لافادت هذه الاحكام فرجع المامون عند ذلك ودعا للقاضي

فرع لا باس بتزويج النهاريات قاله عطا والحسن البصري وكرهه ابن
سيرين وحماد وهو ان يتزوجها على ان ياتيها نهارا دون الليل وقال ابن
دينار من المالكية يفسخ قبل البنا وبعده ﻫ وفي المدونة يفسخ قبل البنا
ويثبت بعده ويأتيها ليلا ونهارا وقاله اصبغ لانه مؤبد فيلغو
الشرط **فرع** ولو نكح مطلقا ونيته ان يمكث معها مدة نواها
فنكاحه صحيح وشذ الاوزاعي فجعله ذكره النووي في شرح مسلم
قوله ومن تزوج امراتين في عقدة واحدة احداهما لا يحل
نكاحها بان كانت محرمة او مجوسية او كانت في عصمة غيره او في عدته
صح نكاح التي تحل نكاحها وبطل نكاح التي يحرم نكاحها وهو قول
الجمهور من العلما واحد قولي الشافعي وابن حنبل بخلاف من جمع بين
حر وعبد في البيع حيث يفسد البيع في العبد والفرق من وجوه
احدها انه جعل القبول في الحر شرطا لصحة العقد على العبد وهو
شرط فاسد والبيع يفسد بالشروط الفاسدة لان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع وشرط بخلاف النكاح والفرق الثاني ان الشرط
في البيع في معنى القمار لانه مقابلة مال بمال ولا كذلك النكاح والفرق
الثالث ان الحر لم يدخل تحت العقد فكان تبعا للعبد بالحصة ابتدا
للعبد بالحصة ابتدا وهو بيع فاسد والنكاح لا يفسد بذلك ويدل
على التفرقة بينهما انه لو قال بعتك هذا العبد بقيمته لو لم يذكر
شيا كان النكاح صحيحا ووجب مهر المثل ثم جميع المسمى التي تحل نكاحها
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وابن
حنبل في اشهر قوليهما انه يقسم على مهر مثليهما وعلى القول
الاخر يجب مهر المثل لفساد التسمية وفي الذخيرة عن مالك اذا
جعل نصف عبد بصداقها ونصفه مبيعا منه في المدونة وقال يفسخ
قبل البنا وبعده يجب مهر المثل للجهالة وقال ابو طاهر فيه اربعة
اقوال ثالثها الكراهة لا غير ورابعها ان بقي بعد ثمن السلعة ربع
دينار جاز ﻫ وفي المغني تزوج اربعا في عقدة واحدة صح النكاح
والمهر وكذا في اشهر قولي الشافعي وابن حنبل ﻫ وعنهما يجب لكل واحدة
مهر مثلها اشترى اربعة اعبد بثمن واحد او صبرة طعام لا يعلم
قدرها ولنا اولى لان المهر في النكاح غير مقصود فلا يضر الجهالة في

البقا بخلاف الثمن فاذا لم يضر الجهالة في الثمن لكونه في حال البقا فالنكاح
اولى فاذا صحت التسمية يقسم مهر المثل على مهر مثلهن عندنا وبه
قال الشافعي والقاضي وابن حامد من الحنابلة وقال ابو بكر منهم ان
يكون المهر بينهن بالتسوية وهو قول ابي ثور واعتبره بالاقرار
والصدقة والهبة قال في المغني واتفقوا على ان من اشترى عبدين
بالف فظهر احدهما حرا او مستحقا او تزوج جاريتين فظهرت احداهما
حرة او اشترى شيين فوجد احدهما معيبا بحصته من المهر والثمن قال
نص احمد على ذلك قول ابي يوسف ومحمد ان الزوج جعل الالف مهرا لهما
لا لاحدهما فلا يستحقه كله ولابي حنيفة ان التي لا تحل لا تصلح مزاحمة للتي
تحل فكان الالف كله لها ولو دخل بالتي لا تحل يلزمه مهر مثلها لا يجاوز به
حصتها من الالف نص عليه في الزيادات وادعى المناقضة على ابي حنيفة
بهذا وكذا انه دخل في العقد عنده حتى لا يلزمه الحد بوطيها مع العلم
بالحرمة ومن ضرورة دخولها في العقد انقسام البدل المسمى جوابه
ان الدخول بالتي لا تحل توجب مهر المثل مطلقا هكذا في المبسوط وهو
الاصح وما ذكر في الزيادات قولهما وبعد التسليم نقول المنع من المجاوزة
حصل بمجرد التسمية ورضاها بالعقد المسمى لا بانعقاد العقد فيها ودخو
لها تحته وذلك موجود في حق التي لا تحل فاما الانقسام للاستحقاق باعتبار
الدخول في العقد والتي تحل هي المختصة بالدخول تحت العقد فكان
جميع البدل للداخلة تحت العقد وكذا سقوط الحد في قول ابي حنيفة
من حكم صورة العقد لا من حكم انعقاده في حقها فقد وجد ذلك في
حق التي لا تحل له اما انقسام البدل فمن حكم الدخول تحت العقد ذكره
في المبسوط فان قيل كان ينبغي ان يكون الخلاف على العكس فيكون المسمى كله
للتي تحل عندهما وعند ابي حنيفة يقسم المسمى على مهر مثلها ولا يلزمه
الكل لها عنده وذلك ان نكاح المحارم عنده له حكم الصحة من وجه
عنده بدليل ثبوت النسب له ووجوب العدة بالوطي فيه وسقوط
الحد مع العلم بالحرمة وعندهما هو زنى لا يثبت به النسب ولا العدة
ويحد بالوطي مع العلم بالحرمة فصلحت مزاحمة للتي تحل عنده لا عندهما
والجواب لهما عن ذلك ان التسمية معتبرة في حق من لا تحل ايضا اذ لا
معتبر في حقها سواها لانه لا عقد في حقها ولا شبهة عقد عندهما

واذا لم يكن معتبر غير التسمية اعتبرت التسمية اصله الاجارة الباطلة
فان العقد لما لم يكن معتبر في الاجارة الباطلة اعتبر الاذن فان من
اشترى ثمرا على نخل قبل تناهي عظمه واستاجر النخل الى وقت الادراك
طاب له الفضل لان الاجارة الباطلة لاتفيد شيا فبقي الاذن من الاجر
معتبرا فاذا كانت التسمية معتبرة لانه لا معتبر غيرها صلحت مزاحمة
للتحلل في المسمى ولابي حنيفة ان القسمة غير معتبرة في حق التزلا تحل
لان التحلل معتبرة عنده ولا عبرة للتسمية مع اعتبار غيرها كما
اذا اشترى زرعا قبل ان يدرك واستاجر الارض الى وقت الادراك
لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة تفيد الملك فلم يعتبر
الاذن مع اعتبار غيره وهو العقد الفاسد فكان الالف كله للتحلل
لعدم مزاحمة من لا تحل في المسمى هذا من املا شيخنا العلامة صدر
الدين قاضي القضاة رحمه الله **قوله** ومن ادعت عليه امراته
انه تزوجها واقامت على ذلك بينة فجعلها القاضي امراته ولم يكن تزوجها
وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف
في قوله الاول وفي قوله الاخر وهو قول محمد وقول الائمة الثلاثة وغيرهم
لا يسعه ان يطاها وحاصله ان قضا القاضي في العقود والفسوخ ينفذ
ظاهرا وباطنا فيما يملك القاضي انشاه حتى لو كانت الدعوى على امراة
بشرط ان يكون محلا فلا تكون زوجة احد ولا في عدته ويشترط حضور
الشهود عند عامة المشايخ على قوله ذكره الزعفراني وعلى قول البعض
لا يشترط الشهود لانه عقد ضمني فلو ادعى النكاح على امراة بمهر يسير
او على الرجل بمهر كثير فاحش او ادعى البيع بغبن فاحش لا ينفذ باطنا
لانه لا يملك انشاوه بذلك ذكره في الجامع وعلى هذا دعوى الطلاق ويجوز
لها ان تتزوج بغيره عنده فان تزوجت باخر لا تحل للاول ولا للثاني
عند ابي يوسف وعند محمد تحل للاول دون الثاني وعند الشافعي ياتيها
الاول سرا والثاني علانية ويكون لها زوجان ذكره شمس الدين سبط
ابن الجوزي قاسوا على الاملاك المرسلة وعلى ما اذا ظهر الشهود عبيدا
ومجوس في قذف او كفارة اما الاملاك المرسلة عن اسبابها فان تعينت
سببت دون السبب ترجيح من غير مرجح فلا يملك القاضي انشاه واما اذا
ظهر الشهود عبيدا او محدودين في قذف او كفارا فلان الاطلاع على حالهم

متيسر

متيسر ولانهم ليسوا من اهل الشهادة بخلاف الفساق وياتي الكلام على ادلة
المسله في كتاب القضا ان شا الله تعالى والله اعلم بالصواب واليه الماب

باب الاوليا والاكفاء

قوله وينعقد نكاح الحرة البالغة العاقلة برضاها وان لم يعقد
عليها ولي اذن لها فيه بكرا كانت او ثيبا وينعقد لازما عند ابي
حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية عنه ومثله في الاسبيجابي وعند
زفر وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا على
اجازة الولي وفي الذخيرة والاسبيجابي انما يحتاج للولي في الصغير والصغيرة
والمجنون والمجنونة فاذا زال الصغر والجنون زوال الولاية عندنا وفي
البدايع ولاية الاب والجد وغيرهما من العصبات على البكر والثيب
البالغين ولاية ندب واستحباب عند ابي حنيفة وزفر وقول ابي يوسف
الاول وعلى قوله الاخر وهو قول محمد ولاية مشترك قال في البدايع فان
زوجت نفسها من كفو او من غير كفو جاز نكاحها وتثبت الاوليا الاعتراض
عليها في غير الكفو قال الاسبيجابي هذا بالاتفاق وعند محمد لا يجوز حتى
يجيزه الولي او الحاكم ولا يحل وطيها قبل الاجازة ولا يجزي فيه التوارث وهو
قول ابي يوسف الاخر في رواية الحسن عنه وعن ابي يوسف انه ينفذ في الكفو
ويثبت فيه ساير الاحكام وعن محمد انه يجوز اذا لم يكن ولي وعنه انه رجع الى قول
ابي حنيفة ذكره في البدايع وياتي في الكتاب وعن ابي حنيفة انه رجع الى قولهما
وهو رواية كتاب الحيل وفي جوامع الفقه يجوز تزوجها نفسها عند ابي
حنيفة وابي يوسف وفي رواية الحسن لا يجوز من غير كفو ومثله في المحيط
وفي قاضيخان يجوز في ظاهر الرواية وكان يقول يتوقف على اجازة الولي كفوا
كان او لا ثم رجع وقال يجوز في الكفو ويتوقف في غيره ثم رجع وقال يجوز فيهما
وفي رواية الطحاوي عنه يجيزه القاضي في الكفو وعن محمد يجوز اذا لم يكن
لها ولي في رواية ابي حفص وهذا في دار الحرب لان القاضي ولي في دار الاسلام
انتهى كلامه وبالاول قال علي ابن ابي طالب رضي الله عنه وموسى ابن عبد الله بن زيد
والشعبي والزهري وقتادة ذكره ابو بكر ابن ابي شيبة في مصنفه وفي المحلى
لابن حزم قال صح ذلك عن ابن سيرين والحسن وعطا والقاسم ابن محمد والاوزاعي
وابن جريج واختاره ابن الخطيب في تفسيره وقال ابو ثور ان جوزها رجل مسلم جاز
وقال ابو سليمان داود الظاهري يجوز في الثيب دون البكر وقال ابن حزم

بجوز باذن الولي بكرا كانت او ثيبا قال وقال مالك في الدنية كالسوداء والتي
اسلمت والفقيرة والنبطية والمولاة ان زوجها الجار او غيره ممن ليس
بولي فهو جائز واما التي لها موضع فان زوجها غير وليها فرق بينهما
فان اجازه الولي او السلطان جاز وقال امام الحرمين في النهاية والغزالي
في البسيط عن مالك ان الوضيعة تزوج نفسها والشريفة لا ونقلهما
عنه غلط والصواب نقل ابن حزم في المحلى وابن عبد البر في التمهيد ومثله
في القواعد لابن رشيد المالكي قال ويتخرج على رواية ابن القاسم
عن مالك قول آخر وهو ان اشتراطه سنة وليس بفرض لقولنا وذلك
انه روي عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي فكانه عنده
من شروط الكمال لا الصحة بخلاف عبارة البغداديين من اصحابه عنه
قال ابن حزم قال مالك ان تقادم امرها فلم يفسخ وولدت اولادا لم
يفرق بينهما قال فهذا هو الخطأ وهل هو حق او باطل فان كان حقا فليس
لاحد نقضه وان كان باطلا فالباطل مردود ابدا قال ولا نعلم
قول مالك هذا قاله احد قبله ولا بعده الا من قلده ولا له تعلق
بقرآن ولا بسنة ولا برواية صحيحة ولا باثر ساقط ولا بقول صاحب
ولا تابع ولا بمعقول ولا قياس ولا راي له وجه وقال الشافعي وابن
حنبل واصحابهما لا ينعقد بعبارة النساء ولا بتوكيلهن ولا بد
من الولي او السلطان عند عدمه ويروى ذلك عن بعض الصحابة
وغيرهم من التابعين ومن بعدهم قال ابن رشيد المالكي في القواعد
سبب اختلافهم انه لم يأت له آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط
الولي في النكاح فضلا عن ان يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن
جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشرطه كلها محتملة فمن اظهر
ما احتجوا به من الكتاب على اشتراط الولاية قوله تعالى فبلغن
اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وزعموا ان هذا خطاب
للاولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل قالوا وهو
امتناع من تزويجهن ورووا عن الحسن ان معقل ابن يسار زوج
اختا له فطلقها ثم خطبها بعد عدتها فابى ان يزوجه فنزلت رواه
الطحاوي وقال الشافعي هي ابين آية في كتاب الله اذ لو كانت تمكن من
تزويجها نفسها لم يكن للعضل معنى وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين

حتى

حتى يومنوا وقال هذا ايضا خطاب الاولياء وتعلقوا ايضا بجملة احاديث
تدل على انه لا نكاح الا بولي وقد خرج الشيخ شرف الدين عبد المومن
الدمياطي شيخ الحديث تلك الاحاديث وبين الطعن في بعضها وسكت
عن الطعن في بعضها وهي عن عائشة ام المومنين وعن ابي موسى الاشعري
وعلي ابن ابي طالب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وابو عمر
وجابر بن عبد الله وابي هريرة وابي امامة وعمران بن حصين رضي الله
عنهم قلت وعمران ابن حصين ليس له حديث عن النبي صلى الله عليه
وسلم وانما هو راو عن ابن مسعود هكذا ذكره عند ذكر الاحاديث عن
عمران ابن حصين عن ابن مسعود ولم يخرج عن عمران بن حصين حديثا
وروى ايضا عن معاذ ابن جبل ولم يذكر الحديث الاول عن عائشة
ام المومنين رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما
امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل قاله ثلاثا فان دخل بها
فلها المهر بما استحل من فرجها فان تشاجروا فالسلطان ولي
من لا ولي له رواه ابو داود وقال بغير اذن مولاها وابن ماجه
واحمد والترمذي وقال حديث حسن وعنها ايضا قالت قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي والسلطان ولي من لا
ولي له رواه ابن حنبل وعنها ايضا قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم
لا نكاح الا بولي وشاهدين رواه احمد والدارقطني وعنها ايضا
قال عليه السلام لا بد في النكاح من اربعة الولي والزوج والشا
هدين اخرجه الدارقطني والحديث الثاني عن ابي بردة عن ابيه ابي
موسى الاشعري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي
وشاهدين رواه الترمذي وابن حنبل والثالث مثله عن ابن عباس
وروى الدمياطي عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البغايا
اللاتي ينكحن انفسهن لا يجوز النكاح الا بولي وشاهدين ومهر قل او
كثر والحديث الرابع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل رواه الدارقطني وعن ابن مسعود
رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي وشا
هدي عدل رواه الدارقطني وعن ابي هريرة رضي الله عنه انه عليه
السلام قال لا تزوج المراة المراة ولا تزوج المراة نفسها فان الزانية

في التي تزوج نفسها رواه ابن ماجة والدارقطني وعن معاذ بن جبل
قال قال عليه السلام ايما امراة زوجت نفسها من غير اذن وليها فهي
زانية قال الصيرفي من الشافعية يجب الحد بوطيها لانه قال عليه
السلام الزانية التي تنكح نفسها قال امام الحرمين هو محمول على الزجر
في ظاهر المذهب كقوله عليه السلام العينان تزنيان وذكر العراقيون
في احد القولين ان العصابة تنقض لوقوعه في مخالفة النص الذي لا
يقبل التاويل وفي كتبهم ذكروا سبعة مدارك احدها ينعقد
عقد الولي عليها لسكوتها عنده ولو لم يكن له ولاية عليها لم
ينعقد لسكوتها كالاجنبي المدرك الثاني يجب على الولي تزويجها
عند طلبها ولو لم يكن له ولاية لما وجب ذلك عليه المدرك الثالث
قام بها وصف يعتبر بسبب اهلية الامامة العامة والخاصة وسلب
الشهادة فيما يندري بالشبهات وسقوط الجمعة والجماعات
فصارت كالرقيق المدرك الرابع ان ملك النكاح عظيم خطره لاختصاصه
بما لا يستباح بالاباحة وهو سبب بقا النسل والانوثة محل نقصان
العقل وفرط الشهوة وقلة مونة الحظ والمصلحة فلحظ الشرع
هذا المعنى وجعل الولاية فيه الى الرجال لكمال عقلهم والمدرك
الخامس ان الولاية تبقى عليها بعد بلوغها في قبض صداقها
وفي حق الضم والاسكان والمدرك السادس ان المراة قاصرة في حق
ملك البضع ولهذا لا تنافر وحدها فوجب ان تمنع من التصرف
مخافة ان تضعه في غير محله المدرك السابع محل الانخداع فالتفويض
اليها مخل بمقاصد النكاح فلا يفوض اليها اصلا ولنا الكتاب والسنة
وضروب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما
فعلن في انفسهن بالمعروف وهو دليل على جواز تصرفها في العقد
على نفسها مع ان الباقي ومن لا يشترط الولاية لا يحتاج الى دليل
لان الاصل براة الذمة وقد اضيف الفعل اليهن في عدة اية من
كتاب الله فقال تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقال ان ينكحن ازواجهن
وقال تعالى فلا جناح عليهما ان يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله
فنسب التراجع الى الزوجين من غير ذكر الولي وقال ابو بكر الرازي
العضل المنع والضيق والاية تدل على جواز نكاحها بمباشرتها

من

من غير اذن الولي من وجوه اولها انه اضاف تعالى العقد اليها ثانيها نهيه
تعالى عن العضل اذا تراضى الزوجان قال فان قيل لولا ان الولي يملك منعها
عن النكاح لما نهاه عنه كالاجنبي ولهذا قال الشافعي هي ابين اية
في كتاب الله اذ لو كانت متمكنة من تزويجها نفسها لم يكن للعضل معنى
قال هذا غلط لان المنهي يمتنع ان يكون للمنهي حق فيما نهي عنه فكيف
يستدل به على اثبات الحق له ولان العضل اسم مشترك بمعنى العضل
المنع وبمعنى الضيق والداء العضال وذلك كله ظاهر في منعها
من الخروج والمراسلة في عقد النكاح والاظهر في الاية ان الخطاب
للازواج لا للاوليا قال الله تعالى واذا طلقتم النسا فبلغن اجلهن
فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف
وذلك بالحبس وتطويل العدة عليهن كقوله تعالى ولا تمسكوهن
ضرارا لتعتدوا وكانوا يطلقون فيراجعون اذا قرب انقضاء عدتها
من غير حاجة ضرارا وقال الامام فخر الدين بن الخطيب المختار اية
خطاب الازواج لا للاوليا قال وتمسك الشافعي بها ممنوع المختار
ولئن سلم له لا يجوز ان يكون المراد بالعضل ان يخليها ورايها فيه
لان العادة رجوعهن الى الاوليا مع استئثارهن به فيكون النهي
محمولا عليه وهو منقول عن ابن عباس وايضا ثبوته في حق الولي ممتنع
لانه مهما عضل انعزل فلا يبقى لعضله اثر قال فلا يتصور صدور
العضل عنه وقد اضاف النكاح اليها اضافة الفعل الى فاعله
والتصرف وشرط ان يباشر ونهى الولي عن المنع من ذلك ولو كان
ذلك فاسدا لما نهي الولي عن منعها وقوله ان اراد المنهي ان يستنكحها
دليل واضح مع انه لم يحضر هناك ولي البتة ذكره في تفسيره الكبير
ولو جاز ارادة قرابة المراة وليس فيه اكثر من نهيهم في صحة
العقد لا حقيقة ولا مجازا اعني بوجه من الوجوه او له الخطاب
ظاهرة او النص قاله ابن رشد بل قد يفهم منه ضد ذلك وهو
ان الاوليا ليس لهم سبيل على من يلونه بسلم بعد ما بلغوا وقال
الشيخ ابو بكر الرازي في طريق حديث معقل بن يسار رجل مجهول
فلا يكون حجة عندهم وكذلك قوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى
يومنوا وهو خطاب لاولي الامر من المسلمين احرى من ان يكون خطابا

للاوليا وبالجملة فهو متردد فلايكون حجة لهم ولانه خطاب بالمنع
وهو بالشرع فيستوي فيه الاوليا لكان مجملا لا يصح العمل به
لانه ليس فيه ذكر اصناف الاوليا ولا صفاتهم ولا اقربيتهم ولا
يجوز تاخير البيان عن وقت الحاجه ولو كان في هذا كله شرع
معروف لنقل نقلا متواترا او مشهورا لانه شرط صحة الانكحه
ومعلوم انه كان بالمدينه من الاولي لها ولم ينقل عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه كان يعقد انكحته ولا نصب من يعقدها
وليس المقصود من الايه بيان حكم الولاية بل المقصود منها
تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر واما السنه
فمن وجوه الاول حديث ابن عباس رضي الله عنه المتفق على صحته وهو قوله
عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها ويروى من ابيها وفي حديث
ابن عباس انه عليه السلام قال البكر يستاذنها ابوها رواه مسلم
في صحيحه وهو امر بصيغة الخبر فكان ابلغ من الامر وعن ابن عباس
عن النبي عليه السلام انه قال ليس للولي مع البنت امر والبكر يستامرها
ابوها في نفسها اخرجه الدارقطني وروي ان رجلا زوج ابنته وهي
كارهه وقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انا الهاهر افقال عليه السلام
لا نكاح لك اذهبي فانكحي من شئت وقد زوجها من كفو رواه ابو بكر
ابن ابي شيبة في مصنفه وقد روي ان بكرا اتت رسول الله صلى الله
عليه وسلم رواه ابو داود وابن ماجه وروي ان فتاه جات الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابي زوجني من ابن اخيه ليرفع
خسيسته فجعل الامر اليها فقالت قد اجزت ما صنع ابي ولكن اردت
ان تعلم النسا انه ليس الى الابا من الامر شي وعن ابن عباس ان جارية
بكرا زوجها ابوها بغير اذنها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينهما قال ابو بكر ابن المنذر في الاشراف روينا عن ابن عباس عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم ونه فرد نكاحها رواه الدارقطني
وعن عطا عن جابر ان بكرا زوجها ابوها ولم يستاذنها فاتت النبي
صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وقال ابن حزم فيه معوية ابن
صالح ثقة مامون ليس هو الاندلسي الحضرمي فانه ضعيف وفي لفظ
ابي بكر قال ابن صاعد وهي بكر بغير امرها وعن ابن عباس ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم رد بكر وثيب انكحهما ابواهما وهما كارهتان قال الدارقطني
والجواب عن المهاجر بن عكرمه مرسل وعن عكرمه عن ابن عباس ان النبي صلى الله
عليه وسلم غيرها روي من طرق متصله ومن طرق بالارسال قلت لا يضر
ارسال من ارسل بعد اتصاله بجهة غيره مع ان المرسل حجة عندنا وبه
قال مالك وابن حنبل وكذا عند الشافعي اذا روي من طريق مرفوعا او
مرسلا من طرق او عمل به بعض الصحابه او جماعة من التابعين ذكر ذلك
كله البيهقي في رسالته عن الشافعي ونص على ذلك النواوي في شرح
المهذب في مواضع وقد وجدت الشروط المذكورة عنه في هذا
الحديث وعن ابي سلمه قال انكح رجل من بني المنذر ابنته وهي
كارهة فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحها اخرجه الدارقطني
وعن ابن عمر ان رجلا زوج ابنته بكرا فكرهت فرد رسول الله صلى
الله عليه وسلم نكاحها اخرجه الدارقطني وعن ابي سعيد الخدري
رضي الله عنه انه رفعت اليه امراة زوجها خالها وامها فاجاز
نكاحها وعن الحكم قال كان علي اذا رفع اليه رجل تزوج امراة بغير
ولي فدخل بها امضاه فلو كان باطلا كما زعم الشافعي رحمه الله لما
امضاه وعنه انه جاءه رجل فقال تزوجت امراة بغير اذن وانا
وليها فقال ينظر فيما صنعت ان كانت تزوجت كفوا اجزنا ذلك
وان كانت تزوجت من ليس بكفو جعلنا ذلك اليك اخرجه الدارقطني
وهذا يدل على ان للولي ولاية الاعتراض عند عدم الكفا قال
ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه واجاز علي رضي الله عنه نكاحا بغير
ولي انكحتها امها برضاها وروي ان امامة بنت ابي العاص ابن الربيع
بنت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبها معاويه بعد
قتل علي رضي الله عنه وكانت تحت علي فدعت بالمغيرة بن نوفل بن الحرث
بن عبد المطلب فجعلت امرها اليه فانكحها نفسه فغضب مروان
فكتب بذلك الى معويه فكتب معويه دعها اياها ذكره ابن حزم في المحلى
في شرح المحلي وعن ابن جريج انه سال عطا عن امراة نكحت بغير اذن وليها
وهو حاضر فقال هي مالكه نفسها اذا كانت بشهود فانه جائز بغير اذن
الولاة وعن شعبة عن مصعب قال سالت موسى ابن عبد الله عن تزويج المراة
نفسها بغير ولي فقال لم يجوزه ذكره ابو داود وابو بكر ابن ابي شيبة

ومن المعقول ان خطاب الشرع قد توجه اليها بالبلوغ ويثبت اهليتها
لجميع التكاليف الشرعية فكذا في بضعها على الوجه الشرعي والبضع
حقها دون الولي بدليل ان بدله دون الولي والبدل انما يكون لمن
ملك المبدل في الشرع فصارت كالصبي اذا بلغ رشيدا فانه لا
سبيل للولي عليه في النكاح قالوا هذا منقوض بالمرتد فانه بالغ
رشيد ولا يملك النكاح ولا يصح نكاحه قلت هذا البضع لا شي فان
المرتد لا يتوجه غيره وهم يتولون يزوجها الولي ولان المرتد
ليس له ملة وهذه الثلثة المعترض عليها معتمد عليها عندنا
والمسلك الثاني انها تملك التصرف في مالها ولا يملكه اولياؤها
فكذا في بضعها بل اولى لان الابضاع ليست باموال بل هي ملحقة بها
متقومة عند الدخول الا انها لا تملك اباحة البضع لان الزنا
محرم بالنص كالولي بالاجماع والمسلك الثالث انها كاملة العقل
شرعا وعقلا فلو كان في عقلها نقص او خلل لما شرع في حقها
الحدود ولا تندرئ بالشبهات فوجب حينئذ ان لا يكون لغيرها
ولاية عملا بالاصل الباقي لولاية المعتبر على المعتبر الا انه يباشر
الولي بعد بلوغها بتفويضها اليه في العرف والعادة كيلا ينسب
الى الجهة واظهار الرغبة في الرجال والمسلك الرابع انها تملك
الاقرار بالنكاح فتملك الانشا لان القاعدة انه لا يملك الاقرار
الا من ملك الانشا هذا هو الاصل وما خرج عنه فهو على خلاف الاصل
قال ابو بكر ابن العربي عول على هذا جميع الحنفية من خوروستان
الى تركستان ثم رام نقضا فقال يملك الاقرار بالرجعة ولا يملك انشاها
بالقول قلت ليس كما زعم بل يملك الاقرار بها من ملك انشاها فان اراد
بذلك المراة فهي لا تملك الاقرار بها الا بتصديقه اياها فكذا الانشا
ان قبله الزوج فبطل قوله في الجواب ثم قال السيد يملك الانشا
على امته ولا يملك الاقرار وهو نقض العكس مع انه ممنوع واوردوا
على ذلك المكاتبة فانها تملك اختيار الازواج ولا تملك ابتدا النكاح
اجاب عنه الكرميني بانه لا يملك المولى اجابتها وكذا اذا باشرت
النكاح فلا فرق واوردوا ان المراة لو اقرت بالنكاح في حالة العدة
يصح ولا تملك الانشا في تلك الحالة قالوا وكذا مجهولة النسب لو اقرت

بالرق

بالرق صح ولا يصح انشا الرق واجاب بان الحال لا تخلو اما ان يقر
بالنكاح في حالة وجوب العدة او قبل وجوبها فان اقرت به
في حال العدة لا يصح لا اقرار ولا انشا في تلك الحالة وان اقرت
به قبل وجوب العدة فهي تملك انشاؤه قبل وجوبها كما تملك
الاقرار به ولا ننظر الى الاحوال الى نفس الاقرار والانشا ولا
ننظر الى الاحوال العارضة واما الاقرار بالرق فان للادمي له
حالتان حالة استقرار الحرية فيه وحالة عدم استقرارها
ففي حالة استقرار الحرية فيه لا يملك ارقاق نفسه ولا الاقرار به
وفي حالة عدم استقرار الحرية فيه يملك الاقرار والانشا فان
الحربي لو جعل نفسه رقيقا لانسان ثم اسلم يبقى رقيقا له هكذا
ذكره في السير الكبير وكان الشيخ الامام ابو سهل اذا اورد
عليه اسوله من جنس واحد على مثال واحد يجيب عن واحد
ويقول خرج عليه الباقي المسلك الخامس ان النكاح عقد على
منافع بضعها فجاز ان ينفرد كالعقد على منافع نفسها
وصار كالخلع المسلك السادس ان مصالح عقد النكاح ومنافعه
عايدة الى المراة دون الولي لانها هي المحبوسة في منزل الزوج
وهي المستحقة للنفقة والكسوة فوجب ان يكون التزام تلك
المضار والمنافع لمن تختص بها وهي المراة دون الولي كولاية
المال والمسلك السابع ان النبي صلى الله عليه وسلم لما خطب ام
سلمة اعتذرت بغيبة اوليائها فقال عليه السلام ليس احد
من اوليائك حاضر ولا غايب الا ترضى فقالت لابنها يا عمر قم فزوج
رسول الله صلى الله عليه وسلم والنكاح انما كان بعبارة ام سلمة لان عمر
كان صغيرا جدا قيل كان عمره ثلث سنين ذكره محمد الشافعي لاري
ابن سعيد في الطبقات وانه كان من باب المراعية ولان الشافعي
لا يرى صحة النكاح بولاية الابن ولا بعبارته وقد تملك رسول الله
صلى الله عليه وسلم صحة نكاحها برضا اوليائها فدل على ان المناط
رضاهم دون مباشرتهم ودون اذنهم وان لم يشترط بعض رضاهم
لكن يستدل به على عدم اشتراط مباشرتهم للعقد والاختصاص
على خلاف الاصل والجواب عن الاحاديث التي تعلقوا بها اما الحديث

الاول فهو حديث ام المومنين عايشة رضي الله عنها الذي حسنه الترمذي
وقال يحيى بن معين لا يصح في هذا الباب الا حديث عايشة هذا قال ابو الفرج
بن الجوزي هذا حديث صحيح وقد اخرجه ابو عبد الله الحاكم النيسابوري
في المستدرك على الصحيحين لنا وافقه مذهب امامه قلت هذا
الحديث من رواية سليمان بن موسى الاسدي الفقيه الدمشقي يكنى
ابا ايوب كناه يحيى بن بكير وقيل ابا الربيع مات سنة تسع عشرة
ومائة ذكر ذلك البخاري في تاريخه الكبير وفي الكمال قال عبد الملك
ابن جريج والبخاري عنده مناكير وقال ابن عدي يروي احاديث
تفرد بها لا يرويها غيره وقال علي ابن المديني هو مطعون عليه
وقال النسائي في حديثه شي ليس بالقوي وقال ابو حاتم ودحيم اسمه
عبد الرحمن بن ابراهيم في حديثه بعض الاضطراب وذكره البخاري
في الضعفاء والمتروكين وقال ابن العربي في العارضة اصحها حديث
ابي بردة المذكور قلت قال يحيى ابن معين لا يصح في هذا شي الا حديث
سليمان رواه عنه ابن عدي في الكامل فبطل تصحيحه قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم المضمضة والاستنشاق من الوضوء الذي لا
بد منه من طريق سليمان ولم يعلوا به ذكره ابن عدي في كامله ولم يذكر
الجرح له هذا الحديث الذي ذكرنا وكيف حسن الترمذي هذا الحديث
وقال ابن جريج سالت الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه هكذا رواه
عنه اسماعيل ابن ابراهيم ابن مقسم يعرف بابن علية نسب الى امه
قال في الكمال روايته للجماعة ولم يمسه احد بشي وقال ابن عدي في كتاب
الجرح والتعديل باسناده قال الزهري رضي الله عنه اخاف ان
يكون قد وهم علي قال الساذكري حدثنا بشر بن المفضل رحمه الله
عن ابن جريج انه سال الزهري رحمة الله عليه فلم يعرفه عبد الحق
ضعف هذا الحديث من ضعفه من اجل انكار الزهري له قلت وفيه
امران اخران وهما ان الزهري لا يشترط الولي وعندنا اذا عمل
الراوي بخلاف روايته لا يبقى حجة والثاني قال الزهري عن عروة
عن عايشة والزهري مدلس والمدلس متى قال عن فلان او قال فلان
لا يكون حجة قال ابن حزم في المحلى المدلس اذا لم يقل حدثنا او اخبرنا او
سمعته يقول فهو غير مقطوع انه مسنده وقال النواوي في شرح

المهذب

المهذب المدلس اذا قال عن فلان لا يكون حجة ذكره فيه في عدة مواضع
وهو معلوم في علوم الحديث وقال مجد الدين ابو الخطاب ابن دحية
في علم المشهور المانع من العمل بالحديث ثلاثة فسق الراوي وكثرة غفلته
واسلاسه بالمناكير او يكون مجهول الحال وان عرف اسمه ونسبه وقال
ابن جريج والبخاري وابن عدي ان عنده مناكير ويروي المناكير
وقد اتفقوا ان رواية المناكير تمنع من قبول الرواية قال ابن عبد
البر في التمهيد روى الثقات عن الزهري ولم يذكروا انكاره
منهم سليمان ابن موسى والحجاج بن ارطاه وعبد الله بن لهيعة قاضي
مصر قلت هولا الثلاثة ضعفا اما الحجاج بن ارطاه وعبد الله بن لهيعة
فامرهما مكشوف وقد ذكرنا من تكلم في سليمان بن موسى ولا يليق بابي
عمر ان يوثق الضعفا عليه ولا يجوز ان يعارض سهو لا اسماعيل بن علية
المجمع على عدالته ولا يعول على تحسين الترمذي حديثه بعد هذا
وقد حسن احاديث موضوعة واسانيد واهية من ذلك ما رواه
في جامعه عن مسلم بن عمرو الحذا عن كثير بن عبد الله عن ابيه عن جده
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في العيدين في الاولى سبعا قبل
القراءة وفي الاخرة خمسا قبل القراءة وقال هذا احسن شي في هذا
الباب وهو مذهب الشافعي قال ابو الخطاب بل هو اقبح حديث
في ذلك الكتاب لان كثيرا هذا لا يحل الرواية عنه وقال الشافعي
كثير من اركان الكذب وضرب احمد ابن حنبل على حديثه في المسند
ولم يحدث به وقال الامام ابو زكريا يحيى بن معين ليس بشي وقال
النسائي متروك وقال ابو حاتم محمد بن حبان روى عن ابيه عن
جده نسخة موضوعة لا يحل الرواية عنه قال مع ان احمد في
مسنده احاديث لا يحل الاحتجاج بها وقد ضرب على هذا الحديث
والعجب من الحاكم استدراكه على البخاري اما علم ما قاله البخاري
وعلي بن المديني والنسائي وغيرهم في سليمان ابن موسى الراوي عن
الزهري لهذا الحديث وهل علم الحاكم ان البخاري تكلم في انسان
بالطعن ثم خرج حديثه في صحيحه حتى يستدرك عليه ذلك وعن
ابن عمر ابن الخطاب انه عليه السلام اذا نعس احدكم في مجلسه
يوم الجمعة فليتحول الى غيره رواه ابو داود والترمذي باسانيد

عن محمد ابن اسحق قال صاحب المغازي عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال حديث حسن صحيح وقال الحاكم هو صحيح على شرط مسلم وانكر البيهقي ذلك على شيخه الحاكم وقال الموقوف اصح وقال في السنن الكبير لا يثبت رفعه قال النواوي وتصحيح الترمذي والحاكم غير مقبول لان مدار هذا الحديث على ابن اسحق وهو مدلس معروف به عند اهل الحديث وقد قال في روايته عن نافع قال وقد اجمعوا على ان المدلس اذا قال عن لا يحتج بروايته قال والحاكم متساهل في التصحيح معروف به عند العلما قلت حديث محمد ابن اسحاق بن يسار عندهم حسن وليس هو من شرط مسلم لكن ذكره في صحيحه في المتابعات وفي مسند الشيخ ابي بكر البزار عن زمعة عن هشام بن عروة عن عايشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث قال ابو بكر لا نرويه بهذا الاسناد الا زمعة بن صالح المكي قال احمد ويحيى والداري هو ضعيف وقال علي بن الحسد ضعيف وقال عمرو بن علي فيه ضعف في الحديث وقال ابن حبان كان سيم ولا يعلم يخطي ولا يفهم فغلب في حديثه المناكير ولم يذكر شرف الدين وقد ذكر غيره من الاحاديث التي ليس لها صحة ولا يقوم على رجلها قال ابن عبد البر ينقل من ابن جريج انه سال الزهري عنه ابن عليه قلت وهكذا قاله الترمذي ايضا وقد ساله بشر بن المفضل ايضا كما ذكرنا هكذا ذكره ابن عدي بالاسناد الذي قدمناه ومن العجب ان الطرطوسي ذكر في تعليقه ان حديث عايشة في صحيح مسلم ورواه البخاري ايضا فقال مكان وليها مولاها وهو الولي قلت لا اصل لنقله عنهما وقد ادعى الحاكم انه على شرط مسلم واخرجه فلو كان فيه استدركه عليه وقال البخاري لا يصح في هذا الباب حديث وقال ابن العربي في العارضه وقد اعرض البخاري ومسلم عن ذلك وقال الحافظ ابو جعفر الطحاوي قد ثبت عن عايشة ما خالف هذا الحديث فانها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غايب بالشام فلما قدم قال امثلي يصنع به هذا ويفتات عليه فكلمت عايشة المنذر فقال المنذر هذا بيد عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما كنت ارد امرا قضيته فقرت عنده قال فلما رات عايشة تزويجها جايزا مستقيما استحال عندنا ان

يكون يرى ذلك وقد علمت ما نسب اليهما من رواية الزهري قال ابن حزم في المحلى هذا مشهور عنها وعارضه بان عايشة انكحت رجلا من بني اخيها جارية من بني اختها فضربت بينهن سترا حتى اذا لم يبق الا النكاح امرت رجلا فانكح ثم قالت ليس الى النسا النكاح قال فصح يقينا بهذا رجوعها عن الخبر الاول قال كتب الي داود بن بانشاذ بهذا قلت ما اجهله بالفقه واصوله وهل يقول احد في العالم ان كتاب ابن بانشاذ يفيد اليقين والعلم المحرر مع انه لا يعرف صحة سنده فلا يعرف من روى هذا الداود بن بانشاذ وخبر الواحد بالمسافه لا يفيد يقينا فما ظنك بكتابه ثم ان في طريقه ابا جعفر الطحاوي والصحيح عنه خلاف هذا فكيف يعارض الصحيح المشهور بما لا اصل له وفي بقيه طرق حديث عايشه يزيد بن سنان ابو فروة الرهاوي قال احمد وعلي والدارقطني هو ضعيف وقال يحيى ليس بشي وقال النسائي والازدي متروك الحديث وفيه نوح بن دراج القاضي قال يحيى ليس بثقة ولا يدري ما الحديث وقال النساي متروك الحديث وفيها عبد الله بن حكيم ابو بكر الداهري البصري يروي عن هشام بن عروة قال يحيى وعلي واحمد ليس بشي ولا يكتب حديثه وعصبية الدارقطني معروفه ولا يستحي ان روى عن محمد عن ابيه يزيد بن سنان مع علمه بضعفهما وفي طرق حديثها السادس ابو الحصيب وهو مجهول كما ذكر وعطا بن عجلان الحنفي العطار قال الترمذي ذاهب الحديث وابو مالك الحنفي ضعفه مسلم كما ذكر واما حديث ابو موسى فرواه ابو اسحق الشيعي عن ابي بردة فقطعه شعبة وسفيان الثوري قال الحافظ ابو جعفر وهما احفظ واثبت من جميع من رواه عن ابي اسحق وقول الترمذي وقد ذكر بعض اصحاب سفيان عن ابي موسى ولا يصح اولى من قول غيره هو اخر ولا يلزم من عدالة عبد الرزاق وجعفر بن عون صحته لاحتمال ان يكون هناك علة قد عرفها الترمذي وحكم بعدم صحته وخفي على غيره حديث عايشة الذي يرويه سليمان بن موسى ولان ابا اسحق الشيعي مدلس وقد قال عن ابي بردة ولا يكون حجة على ما تقدم واما حديث ابن عباس فيه عبد الله بن عثمان بن خثيم لا يحتج به قال ابو الفرج ومومل ابن اسماعيل ذكر خطاه انه غريب موقوف وفيه عدي ابن الفضل مجهول

وفي طريقه الاخر حجاج بن ارطاه ابو ارطاه النخعي يروي عن عطا وعمرو بن دينار
قال يحيى ضعيف وقال ابو حاتم مدلس على الضعفا وقال الدارقطني
لا يحتج به وقال احمد بن زيد في الاحاديث ويروي عمن لم يلقه لا يحتج به
وكان زايده يامر بترك حديثه وكذا ابن المبارك ويحيى القطان
وابن مهدي وفي حديث ابن عمر ثابت بن زهير قال ابو حاتم منكر الحديث
وضعفه ابن عدي وابن حبان وقال ابو داود هو موقوف على ابن عدي
وفي حديث ابن مسعود بكر بن بكار قال يحيى بن معين ليس بشي ولم يتعرض
له المخرج عن عبد الله بن محرز وتكلم فيه بالضعف وفي حديث ابي
هريرة حميد بن الحسن الحمصي ومسلم بن ابي مسلم لا يعرفان وعن ابي
هريرة قال لا تزوج المراة نفسها بغير اذن وليها وعنه كان يقول
الزانية التي تنكح نفسها بغير اذن وليها ذكره ابن حزم وفي حديث
معاذ نوح بن ابي مريم ابو عصمة ضعفه الدارقطني وابن معين وفي
حديث جابر بقية بن الوليد ابو محمد الحمصي وكان مدلسا قال ابو مسهر
احاديث بقيه غير نقيه ويروي عن قوم مجهولين متروكين لا يحتج
بهم وفي حديث علي رضي الله عنه اصبغ بن نباته ابو القاسم الحنظلي ليس
بثقه ولا يساوي شيا قاله ابن معين وقال النساي متروك الحديث
وقال ابن عدي هو بين الضعف وقبله عمر بن صبح التميمي ابو نعيم
قال انا الذي وضعت خطبة النبي عليه السلام وكان يضع الحديث
ولم يتكلم عليهما وفي حديث ابن ابي امامه واسمه اسعد بن سهل بن حنيف
ولد في حيوة النبي عليه السلام عمر بن صهبان الاسلمي المدني قال يحيى
لا يساوي فلسا وقال الرازي والنساي والازدي والدارقطني
متروك ولم يتبين شرف الدين المخرج له الا بارساله وفي الجملة قد ضعف
البخاري هذه الاحاديث وقال يحيى بن معين واسحق بن ابراهيم المعروف
بابن راهويه نسب الي امه ثلثة احاديث لم تثبت عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم احدها لا نكاح الا بولي وثانيها من مس ذكره فليتوضا
وثالثها ما اسكر كثيره فقليله حرام رواه عنهما ابن عون الفرايضي
وشمس الدين سبط ابن الجوزي فان قيل قال الطرسوسي في تعليقه وروي
مكان الزهري عن عروة عن عايشه من هشام وابو الغصن والاعرج
قال وروي مكان ابن عليه ثلثون نفسا سفيان ويحيى بن سعيد وابن المبارك

وروي مكان سليمان خمسة عشر نفسا ابن ابي ذيب ومحمد وذكرت من
ضعفه وما عداه ليس له سند فلا يكون حجه لو كان ذكره وقد نسب
الي البخاري ومسلم ما لم يقولاه فان قيل قال عطا سليمان بن موسى سيد
شباب اهل الشام وهذا توثيق منه قلت وقد قال هو وابن حنبل
الحجاج ابن ارطاه سيد شباب اهل العراق ولا يدل ذلك على ثبوت
حديثهما بل يدل على فضلهما وقد ذكرت الطعن في حجاج بن ارطاه
وقال يحيى بن البرقي قاضي القضاه سالت الزهري عن هذا فقال هو
صحيح برويه سليمان بن موسى قلت لا يحتج بيحيى بن البرقي الازدي
يتكلمون فيه ويروي عن الثقات عجايب ذكره ابن الجوزي في المتروكين
والجواب عن مدركهم الاول ان سكوتها اذن منها بجعل الشارع
ذلك اذنا منها فلم ينفذ الا باذنها كوكيلها وعن الثاني ولعن قولهم
يجب عليه الانكاح عند طلبها قلنا هذا ممنوع بل هو تاذن لمن
يزوجها او تباشر بنفسها وليس العضل بالتفسير الذي ذكروه
بل ذلك راجع الي المطلقين لان جواب الشرط يجب ان يرجع الي من
خوطب بالشرع وهم المطلقون في قوله تعالي واذا طلقتم النسا
فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن والاوليا لم يجز لهم ذكر ويلزم من
صرف الجزا عن الشرط محذوران احدهما اخلا الشرط عن الجزا
والثاني عدم الالمام بعود الضمير الي غير الاولين والعضل من
الازواج يقع من وجوه احدها ما تقدم ثانيها ان يجلس المطلق
في المشاهد والمحافل والمجامع فيفضحها بالتهمة وقلة الحيا والدين
واتباع الرجال وسو العشرة وغيرها باين هذا الناس فيها وثا
لثها حبسها ومنعها من الخروج من منزله والتضييق عليها لان
العضل هو الضيق على ما تقدم وعن الثالث وهو قولهم قام بها
صفة نقص سلب عنها اهلية الامامة العامة والخاصة والشها دة
فيما يندري بالشبهات ووجوب الجمعة واستحباب الجماعة فصارت
كالرقيق وثبوت التشطير في الشهادة ان هذا قياس سنه باطل
ويلزم من ذلك الحاقها بالجمادات جميعها من حقها الثابت لها
بالنصوص على ما ذكرناه والنكاح ليس من الحدود ولا مما يندري بالشبها
وانما سقطت الجمعة والجماعات عنها للفتنة وقولهم مبطل بالمسافر
ولا تسلب عنه الولاية ولا يوصف كسبه بالنقص ولو سلم لهم دعوي

النقص لا يوجب ذلك نقل الولاية الى غيرها لاجل النقص اذ لو منع
النقص من ذلك لما جاز لاحد من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
تزويج موليته لاجل النقص بالنسبة الى النبي صلى الله عليه وسلم في النكاح والنبي
اولى بالمومنين من انفسهم وهذا لا يقول به احد وتشطير الشهادة
لكان الضلال والنسيان لان المراد به حقيقة النقص في عقلهن ولعل
كثيرا من النسا اعقل من كثير من الرجال ولم يعتبر الشرع نقص عقولهن
حتى اوجب عليهن ما يندرى بالشبهات كالحدود ونحوها ولان الخلل في
عقلهن فاذا باشرن عقود الانكحه بانفسهن وراوها الاوليا مصلحة
ينبغي لهم ان يخبروها كالمراهق واذا باع واشترى وراه الولي مصلحة
اجازه وهو لازم على قول مالك وابن حنبل ولم يقولا به وعن الرابع وهو
قولهم ان ملك النكاح محل خطره وعظم قدره لاختصاصه بما لا يستباح
بالاباحه وهو سبب بقا النسل والانوثه محل العجز ونقص العقل وفرط
الشهوة وقلة معرفة الحظ والمصلحه فلحظ الشرع هذا المعنى وجعل
الولاية فيه الى الرجال قلت هذا كله خبطه وتهويل بما لا طايل تحته
وذلك كله ممنوع وهو باطل بالصبي البالغ الذي لم يجرب الامور فانه
تزوج عندهم عمته التي جربت الامور ومارست الرجال وقد تزوجت
مايه مرة وعرفت المصالح من المفاسد وعن الخامس وهو قولهم ان الولايه
تبقى عليها بعد بلوغها في قبض صداقها وفي الضم والاسكان قلنا
قبض صداقها ممنوع لا يقبضه الاب مع ثيبتها والضم والاسكان
لخوف الفتنة عليها وعن السادس وهو قولهم ان المراة قاصرة في البضع
ولهذا لا تسافر وحدها فوجب ان تمنع منه لمخافة وضعه في غير
محله وهو غير المكفو قلنا يبطل قولكم بسفر الحج فانها تسافر من غير
محرم ولا زوج عند مالك والشافعي ولو وضعت في غير كفو يفسخه الولي
عندنا اذا شا وكالولي عند الشافعي اذا زوجها من غير كفو الا انه
لا ينفذ عنده واجاب ابو بكر ابن العربي عن اضافة النكاح اليهن في الاناث
بان ذلك باذن الولي وهو فاسد من وجهين احدهما ان اذن الولي غير
مذكور في الاناث ولا يراد في الكتاب العزيز والوجه الثاني انهم لا يقولون
به فكيف يقدرون التصحيح ما يبطله عندهم وفرقوا بين المال والبضع
فقالوا المراة مجبولة على الشح والضبط في المال فلا اعتراض عليها في المال
لانه خالص حقها بخلاف البضع قلنا ولا اعتراض عليها في البضع عندنا

ولا

ولا يثبت في الشرع منعها وانما الاعتراض عليها اذا زوجت نفسها من غير
كفو لخوف العار والشين بالولي حتى لو رضي وتركه لزم النكاح وقولهم
ولهذا الاعتراض عليها في المال ممنوع لانهم يحجرون عليها في مالها ولا
ينفذون تصرفها اذا كانت مبذرة وننظرها وضبطها وتحفظها في
النكاح اتم لانه وظيفة العمر ومكان التوالد والتناسل وهو مقصود
لا محالة والاموال وسايل ولهذا لا يقع النكاح بغتة بل يتقدمه
خطبته ومراسله ومقدمات قبل العقد عاده ولا يقع الانخداع فيه
بخلاف التصرف في المال فانه يقع بغتة من غير سابقه مقدمة فاذا صح
منها ما لا يتقدمه رو ونظر دل على اشكال عقلها فما تقدمه النظر
والروى اولى بالصحة وسلب عبارتها في المباشرة لعقد نكاحها
ومنع تفويضها امرها الى غير الولي دعوى بغير دليل وحكم بغير
مستند فان الاحاديث والاثار التي قدمناها كلها تدل على اعتبار
صحة عبارتها وصحة تفويض امرها في ذلك وليس فيما ذكروه سلب
ولايتها ولا سلب عبارتها بل يدل على صحة مباشرتها اذا حضر
الولي والعشيرة ورضوا بمباشرتها وقولهم علة سلب ولايتها
الانوثه وهي دايمة وهذا اصل عندهم لكن لا يشهد له كتاب ولا سنة
باسه ثم ادعوا المضايقه علينا وقالوا اذا كان لها اخت شقيقة
وابن اخ لاب فان المباشر لعقدها ابن الاخ مع نزوله عن الاخت
قالوا وهذا ظاهر جدا في تاثير الانوثه في المنع قلت هذا باطل
وبيانه لا يخلو اما ان تكون صغيرة او كبيرة ففي الاول يزوجها
احد عندكم وان الزمتمونا قلنا المنع بعد العصبة للتصرف ان
كانت بالغة فلان زوجها واحد منهما عندنا ولا الزام وقالوا المكاتبه
تملك التصرف في المال دون النكاح قلنا لا نسلم بل تملك تزويج امها
وبيعها فلا فرق والمكاتب لا يملك الاما كان من باب الاكتساب
الموصل الى حريته بواسطة ادا بدل الكتابه ولهذا لا يملك التبرع
بالمال ولا اعتاق عنده على مال وان رضي المكاتب بخلاف المراة وقالوا
يتعلق بالبضع حق الولي بدليل الاعتراض عليها في حق غير الكفو
قلنا ان فرض المسلة في الكفو ولا حق له فيه والاعتراض لم يكن لاجل
حقهم بل للتعدي بلحوق العار والتعيير ولو كان له حق لما يفسد

النكاح كالو باع عبدا مشتركا الا ترى ان من اعتق عبدا مشتركا اي اعتق نصيبه منه يجب عليه ضمان نصيب شريكه وان كان ذلك الاعتاق لم يحقه لتعدي
الضرر فكذا في غير الكفو فلم يكن الزامه صحيحا وفي المغني ان لم يوجد للمراة
ولي ولا ذو سلطان فعن احمد انه يزوجها رجل عدل باذنها وما روى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكحوا النسا الا الاكفا ولا يزوجهن
الا الاوليا قال ابو عمر ابن عبد البر هذا ضعيف لا اصل له ولا يحتج به وفي
البدايع قالت امراة للقاضي ليس لي ولي وانا اريد ان اتزوج فالقاضي ياذن
لها فيه كالولي اذ ان لها فيه وحكى امام الحرمين في النهاية عن العراقيين
قولا ان القضا بصحة مباشرة المراة لعقد النكاح منقوض لوقوعه على
مخالفة النص الذي لا يقبل التاويل قلت هذا قول لا حاصل تحته ولا
اصل له وقوله على مخالفة النص الذي لا يقبل التاويل تعصب محض
وقد ذكرنا انه لا شي فيه يعول عليه حتى يكون نصا او نصا لا يقبل
التاويل ومن له معرفة لا يقول هذا الكلام ومن قول ابي هريرة وليس
قوله بحجة عندهم واجماع المسلمين ان تزويجها نفسها بغير اذن
وليها ليس مولى والوطي فيه غير مذكور في الحديث والوطي فيه فهو
ايضا ليس بزنا فلا خلاف نعلمه حتى وجب فيه المهر مما رووا من حديث
عايشة الذي رووه وان لم يصح ولها المهر بما استحل من فرجها ولو كان
زنى واستحله كفر وجب عليها العدة ويثبت به النسب والاحاديث
التي ذكروها مع عدم صحتها يقتضي صحة تزويجها نفسها باذن وليها
ولم يعملوا بها وقال الغزالي في البسيط خالف ابو حنيفة رضي الله عنه
قوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل من اربعة اوجه
احدها انه ترك الولي المرشد وهو الرشد وترك شاهدي عدل
قلت قد بينا ان هذا الحديث ضعيف لا يجوز الاحتجاج به وهم قد خالفوه
كما خالفه غيرهم من ثلثة اوجه احدها انهم لم يشترطوا الرشد في الولي
على ان الرشد بالعدالة عندهم والعدالة ليست بشرط في الولي على
المذهب عندهم وثانيها مخالفتهم في عدالة الشاهدين التي هي في حديثهم
فانه ينعقد عندهم بالمستور وثالثها ان الحديث يدل على صحة النكاح
عند وجود ولي مرشد وشاهدي عدل اذا باشرت العقد بحضورهم
ورضاهم به لتحقق الولي المرشد والشاهدين العدلين ولا يقولون به

لا تنه عن خلق وتاتي مثله عار عليك اذا فعلت عظيم وفي المغني حقيقة
العدالة غير معتبرة بل تنعقد بالمستورين عند الحنابلة لان الانكحة
تقع في القرى والبادية وبين العوام ممن لا يعرف حقيقة العدالة
فان ظهر فاسقا لم يوثر ذلك في العقد هو الصحيح وفي عدالة الولي
روايتان عن احمد وظاهر كلام الخرقي ان العدالة ليست شرطا وهو
قول مالك واحد قولي الشافعي وفي الفاسقين روايتان عن احمد
وقال ابن قدامة في المغني في مباشرة المراة نكاحها بغير اذن الولي
هذا عقد لا يثبت فيه احكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث
وغيرها فلم ينعقد كنكاح المعتدة قلت يثبت فيه جميع هذه الاحكام عند
مجوزي هذا العقد ونقله غلط وانما ذلك في نكاح المتعة بالاجماع
قوله ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح يريد به ان
لا يزوجها بغير رضاها فان فعل ذلك فالنكاح موقوف على اجازتها
عندنا وان ردته بطل وان سكتت عند استيذان وليها لها فهو
اذن منها وهو قول الاوزاعي والشعبي وطاوس ذكره لك ابي بكر ابن
ابي شيبة في مصنفه والحسن بن حي وابي عبيد والظاهرية والثوري
وابي ثور واحد الروايتين عن ابن حنبل واختاره ابن المنذر وقال
ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح البنت حتى تستامر ولا
تنكح البكر حتى تستاذن قالوا وكيف اذنها يا رسول الله قال ان تسكت
وهو في صحيح مسلم وقال ابن قدامة متفق عليه قال لان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال قولا عاما لا تنكح البكر حتى تستاذن وكل من عقد على
خلاف ما شرع رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو باطل لانه الحجة على الخلق
وليس لاحد ان يستثني من السنة الا بسنة مثلها فلما ثبت ان ابا بكر
الصديق زوج عايشة من النبي عليه السلام وهي صغيرة لا امر لها
في نفسها كان ذلك مستثنى منه وقال عليه السلام البكر يستامرها
ابوها ذكره في المنتقى لابن تيمية قال رواه مسلم واحمد وابو داود و
النساي وعن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تنكح الايم حتى تستامر ولا البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف
اذنها قال ان تسكت رواه جماعة والمراد بالخبر النهي وهو ابلغ وعن عايشة
رضي الله عنها قالت اذا البكر تستامر فتستحي قال اذنها صماتها متفق عليه

وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان جارية بكرا اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها رسول الله صلى الله عليه
وسلم رواه احمد وابو داود وابن ماجه والدارقطني وقال ابن العربي
روى شعبة والجماعة عن مالك والبكر تستامر وشعبة حافظ وقال ابو
سليمان الامر لا يكون الا بالنطق هذا حكم الثيب والاستيذان طلب
الاذن ويحصل بالسكوت رام به الفرق بين الثيب والبكر وهو باطل
بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب والبكر يستامران تطلب امرها كما ذكر
ولا يشترط فيه النطق وقالت الايمة الثلاثة استيذان البكر البالغ
مستحب وللاب والجد اكراههما على النكاح وتزويجها بغير اذنها
وعند الحسن البصري للاب جبر الثيب ايضا وعن ابراهيم ان كانت
المراة في عيال ابيها لم تستامر وان كانت في عيال غيره استامرها
وقال عطا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خطب احد من بناته
جلس الى جنب خدرها فقال ان فلانا خطب فلانة فان سكتت زوجها
وان طعنت بيدها لم يزوجها وهو المشروع ولو كان له اكراهها على
النكاح لم يفعل ذلك تعليما للجواز وكان عثمان بن عفان اذا اراد ان يزوج
احدا من بناته قعد الى خدرها فقال ان فلانا يذكرك والمراد فيهما
البكر ذكره ابو بكر ابن ابي شيبة ثم اتفقوا على ان غير الاب والجد لا يجبر
البكر البالغ على النكاح واختلفوا في الجد فقال مالك وابن حنبل لا
يجبرها وقال الشافعي يجبرها تعلقوا في ذلك بمفهوم قوله عليه
السلام الثيب احق بنفسها من وليها فدل على ان البكر بخلافها فيحمل
استيذانها واستيمارها على الاستحباب والجواب ان صيغ الحرف الذي
يدل على النهي وهو يدل على التحريم وعدم المشروعية عندهم وفي الاثبات
يدل على الامر وهو للوجوب دون الاستحباب وقد ذكرنا ذلك في الاحاديث
الثابتة ولا يلتفت الى ما قالوا والانفصال عن المفهوم من ثلاثة اوجه
احدها انه ليس بحجة عندنا ولا يلزمنا اذ تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم
عما عداه عندنا وهو المختار عند الاصوليين والوجه الثاني ان المنطوق
اقوى من المفهوم بلا خلاف ولا يجوز ترك الاقوى والعمل بالضعيف والوجه
الثالث ان مقتضى مفهوم هذا الحجة عليهم لا لهم بيانه ان البكر لا يكون احق
بنفسها من وليها فيجب عدم الاحقية لو قلنا بالمفهوم امر ان مساواتها

لوليها

لوليها او رجحان وليها عليها وايهما ثبت دل ان لها في نفسها حقا فلا
يجوز للولي ابطال هذا الحق بتزويجها بغير اذنها بالاكراه عليه
فصار كالاخ والعم وابن العم وساير العصبات ولا سيما اذا لم يعملوا بالمفهوم
الا في ولي واحد او وليين عند الشافعي واخرجوا من مفهوم الحديث
ساير الاولياء وخصصوا المفهوم وقال ابن رشد في القواعد عموم
الولي من مفهوم الخطاب بلا خلاف لا سيما في حديث مسلم البكر يستامرها
ابوها نص في موضع الخلاف انتهى كلامه قال وفي البكر المعنسة للمالكية
قولان وفي المبسوط الشافعي لم يستعمل الاستيذان اصلا فانه لا يعتبر
الاذن في حق الاب والجد وفي حق غيرهما يعتبر النطق قلت يكتفي في حق
غيرهما بالسكوت قال الرافعي والنواوي هو الاصح ونقل اصحابنا ان لها
تعيين الازواج بالاجماع قلت لو عينت كفوا واراد الاب غيره فله ذلك في
الاصح ذكره النواوي وقولهم البكر جاهلة امر النكاح لانها لم تمارس
الرجال ولم تجرب الامور ولهذا لم يقبض الاب صداقها بغير امرها
بخلاف الثيب قلنا هذا باطل بالبكر التي زوجت مرارا ومارست الرجال
ومرت عليها التجارب مع بقاء بكارتها وبالثيب التي زوجت بالمراهق
فازال بكارتها ثم مات عنها او زالت بالزنا من غير صحبة الرجال عند
الشافعي والحكم ينتفي بانتفاء علته وقد قلتم ان هذه البكر التي مارست
الرجال يكتفي بسكوتها والثيب التي لم تمارس الرجال يشترط نطقها
في التزويج ويبطل قول المالكية بالثيب الصغيرة فانها تزوج عنده
من غير نطق ولا بكارة فالتعليل بالصغر هو الذي يعم والعلة القاصرة
المخصوصة مختلف فيها وفي المغني يجوز تزويج البكر الصغيرة بلا
خلاف وقال ابن المنذر في الاشراف اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم
على جواز تزويجها من الكفو قلت فيه خلاف عثمان البتي وابن شبرمة انه
لا يجوز للاب تزويج الصغيرة والصغير قبل بلوغهما ذكره في البدايع
وفي المبسوط حكى خلاف ابن شبرمة وحده ومثله في المحلى وعند الظاهرية
لا يجوز لاحد تزويج الصغير ولا الصغيرة الثيب حتى يبلغا ويدل على
جواز تزويج الصغير والصغيرة قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن كذلك معناه
فعدتهن ثلاثة اشهر ثبت ولد الصغيرة والتي بلغت بالسن ولم تحض ولا

يكون ذلك الامر طلاق في نكاح صحيح وجوز مالك من النكاح الفاسد ايضا
وقالت عايشة رضي الله عنها تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا
ابنة ست سنين وبني بي وانا ابنة تسع متفق عليه وروي عنها انها
قالت تزوجني وانا ابنة سبع رواه مسلم واحمد ولفظه تزوجها
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي بنت سبع وزفت اليه وهي بنت تسع
سنين ذكره ابن تيميه في المنتقى وفي التمهيد بنى بها وهي بنت
تسع سنين ذكرا وعشرة وروي تزوجها وهي ابنة عشر سنين
وهو محمول على الساعيا وزوج علي عمر ابنته ام كلثوم وهي صغيرة
رضي الله عنهم وفي البدايع زاد وزوج عبد الله بن عمر ابنته وهي
صغيرة عروة ابن الزبير وقال الله تعالى وانكحوا الايامى منكم قال
ابو بكر ابن العربي والايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا بالغا
كانت او غير بالغ ذكره في العارضة ونحوه محمد ابن الحسن الفقيه
وصاحب كتاب العين ان الايم البنت التي لا زوج لها وقال الكرخي
وابو القاسم الصفار البلخي تعم الذكر والانثى والبكر والثيب بشرط
ان لا يكون لها بعل ولا له زوجة والجوهري لم يذكر غير هذا وقال
ابن فارس المراة التي لا بعل لها وفي البدايع لمن الانثى التي لا زوج
لها ويويد هذا ما ذكره في مجمع الغرايب في الحديث تطول ايمة
احداكن قيل اراد بقاها بكرا في بيت ابيها بلا زوج وقال زكي الدين
عبد العظيم الايم بفتح الهمزة وكسر اليا المشددة وهي فعيل كسيد
وميت وهي التي مات زوجها عنها او طلقها ويقال ذلك في الرجال ايضا
اذا لم يكن لهم نسا واكثر ما يستعمل في النسا ولهذا لم يدخلها الها
على الاكثر قلت وحكى ابو عبيدة ايمة وقد تستعمل في البكر التي لا زوج
لها وقال الحربي يقال للرجل ايم اذا لم يكن له امراة كما يقال له ثيب
اذا دخل بامراته ذكره زكي الدين عبد العظيم في المختصر سنن ابي داود
وقال القاضي اسماعيل وابن شعبان الايم في الحديث من لا زوج لها بكرا
كانت او ثيبا وانما ذكر البكر بعدها ليعلم صفة اذنها وفي المحلى اذا
بلغت البكر والثيب لم يجز للاب ولا لغيره ان يزوجها الا باذنها فان وقع
فهو مفسوخ ابدا وقول مالك ان البكر اذا عنست مع زوجها سنة او
شهدت المشاهد معه ولم يطاها الا ان زوجها ابوها الا باذنها وفيما

دون السنتين زوجها بغير اذنها في غاية الفساد فلم نعلم لمن اجاز تزويج البكر
البالغه بغير اذنها متعلقا اصلا انتهى كلام ابن حزم وفي التمهيد اذا تزوجت
المراة بغير اذن وليها قال مالك يستحب ان لا يقيما على ذلك النكاح حتى
يبتدا بينهما عقد جديد ولم يحقق فساده قال اسماعيل بن اسحق
القاضي والذي نسبه عندي على مذهب مالك انهما يتوارثان عنده
طلاق وهو قول الليث ابن سعد **قوله** واذا استاذنها فسكتت او ضحكت
فقد رضيت وهو قول الايمة الثلاثه والاصح من قول الشافعي في غير
الاب والجد ذكره الرافعي في المحرر والنواوي في المنهاج وقد ذكرنا
الاحاديث الصحيحة في ذلك والضحك بدلالة النص فانه علامة السرور
والفرح بما سمعت فهو ادل على الرضى من السكوت بخلاف ما اذا بكت
فانه دليل السخط وليس برضا حتى لو رضيت بعده ينعقد العقد
وان قالت لا ارضى ثم قالت رضيت لا يصح للرد وقيل اذا ضحكت كالمستهزيه
بما سمعته لا يكون رضى وان بكت بلا صوت لم يكن ردا وفي المبسوط البكا
لم يكن ردا بل ذلك حزن على مفارقة ابويها وبيتهما وعليه الفتوى
وكذا الضحك كالمستهزيه لما سمعته لا يكون رضا وهو معروف بين
الناس وفي المرغيناني والحاوي ان بكت وكان دمعها باردا يكون رضا
وان كان حارا لا يكون رضى وقال في الحاوي يقال اقر الله عينك ويراد
به السرور وكانه من القر الذي هو البرد ويقال بكى بارد والبكا
بالدمع الحار من الغم يقال سخن الله عينك قال لها وليها ان فلانا
خطبك فقالت لا اتزوجني منه لا اريده فزوجها منه فبلغت
فسكتت جاز نكاحها وان قالت كنت قلت لا اريده لم يجز وفي الحاوي
سيل ابن المبارك عن بكر بلغها النكاح فاخذها السعال والعطاس
فلما سكن ذلك عنها قالت لا ارضى جاز ردها وكذا لو اخذ احد فمها
وهي في الينابيع استيذان البكر البالغ على وجهين الاول ان
يستاذنها قبل العقد والثاني ان يستاذنها بعده والسكوت منها
رضى في الوجهين اذا كان المزوج هو الولي الاقرب او وكيله او رسوله
بخلاف الولي الابعد والاجنبي وذكر الكرخي ان سكوتها عند استيمار
الاجنبي رضى لانها تستحيه من الاجنبي اكثر ذكره في المبسوط وقاضي
خان وقال الاول اصح وفي قنية المنية قال الاب للبكر البالغ ان فلانا

يذكرك بمهر كذا فوثبت من مكانها مرتين وهي ساكتة فزوجها جاز
وقال شرف الايمة استيمار الوكيل كالاب كما تقدم وقيل ليس برضى
وعنه ان علمت وقت العرض انه وكيل الاب فهو رضى ولو استامر البكر
فسكتت فوكل من يزوجها جاز وان كانت علمت بالزوج والمهر
ولو زوج الولي البكر البالغ بحضرتها ولم يستامرها فسكتت
ففيه اختلاف المشايخ والاصح انه رضى ذكره عن نور الايمة وفي
فتاوى برهان الدين هو رضى ولو زوجها بالسكوت او الاذن ثم
وقعت الفرقة قبل الزفاف فليس له ان يزوجها بذلك لانتهايه
بالعقد وسكوت البكر البالغة المعتقة عند استيذان مولاها
رضى وفي البدايع سمى لها رجلا فقالت له غيره اولى منه لانه
يكون اذنا ولو قال بعد العقد كان غيره اولى اذنا ولو قال لها
اريد ان ازوجك من رجل فسكتت لم يكن رضى وفرق بين الماضي
والمستقبل وعن ابي القاسم لها الخيار في الفصلين قال صاحب
الحاوي في الفتاوى وبه ناخذ وهو الذي يوافق ما تقدم
وفي البدايع والينابيع لو قال من فلان او فلان وذكر جماعة
فسكتت كان رضى بتزويجها من ايهم شا وان قال من جيراني او من
بني عمي فسكتت ان كانوا يحصون جاز ويكون رضى والا لم يكن رضى
وفي قاضيخان لم يكن رضى لانه لم يقع به المعرفة بالزوج فبقي
مجهولا فلا يجوز وفي جوامع الفقه لو قالت لا حاجة لي في النكاح او
قالت كنت قلت لك لا اريده فهو رد وكذا لا ارضى او لا اجيز او انا
كارهة قالت لا يعجبني او لا اريد الازواج فليس برد حتى لو
رضيت بعد ذلك صح وان قالت لا اريد فلانا فهو رد ولو قالت لا
ارضى ثم قالت رضيت موصولا جاز وان فصلت بطل ولو قالت
ذلك اليك فهو رضى ويشترط تسمية الزوج على وجه يقع به
معرفته لها ليظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه واختلفوا
في تسمية المهر لها وهكذا عن شرف الايمة وفي البدايع قال
ذكر في الفتاوى اذا لم يذكر المهر لا يكون سكوتها رضى وفيه
تسمية المهر في النكاح بلفظ الهبة ليست بشرط لان الواجب
فيه مهر المثل وفي المبسوط وفي الكتاب لم يشترط ذكر الصداق

ومنهم

ومنهم من قال لابد من ذكر الصداق لها في الاستيمار وفي الحواشي الصحيح
ان ذكر المهر ليس بشرط في الاستيمار لانه ليس بشرط لصحة النكاح
قال والصحيح ان المزوج اذا كان ابا او جدا ابا الاب فذكر الزوج يكفي
لانه لا ينتقص من المهر الا الغرض بغرق المهر وصاحب الكتاب لم يشترط
ذكره وقال هو الصحيح من غير تفصيل ولو زوجها فبلغها الخبر
فسكتت فهو رضى واجازة كالابتدا وفي المبسوط كان محمد بن مقاتل
الرازي يقول اذا بلغها النكاح فسكتت لا يكون اجازة منها لان
السكوت ليس باجازة والحاجة هنا الى الاجازة بخلاف سكوتها قبل
العقد لان ذلك بالنص وفي البدايع عن ابي يوسف في بكاها روايتان
احداهما يكون اجازة وفي الثانية يكون ردا وبها قال محمد وجه
الاول انه يحتمل الحزن والفرح فبطل فجعلت ساكتة وهو رضى ووجه
الثانية انه ظاهر في الرد ولو زوجها وليان فاجازتهما معا بطلا
لعدم الاولوية وان سكتت بقيا موقوفين حتى تجيز احدهما او ترد
عند محمد وعنه ان سكتت بطلا لان السكوت من البكر اجازة لها
وان زوجها الوليان متعاقبان باذنها فالنكاح الاول منهما
اذا علم لما روى الحسن البصري عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال ايما امراة زوجها وليان فهي للاول منهما رواه ابو داود و
والنساي وابن ماجة والترمذي وقال هذا حديث حسن وقيل
ان الحسن لم يسمع من سمرة شيا وقيل انه سمع حديث العقيقة وان وقعا
معا او جهل المتقدم بطلا وعن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن
ابي سليمان ايهما اختارت فهو زوجها ذكره ابن المنذر في الاشراف
ولو خلا بها برضاها فلا رواية فيها قال المرغيناني عندي هذه
اجازة وفي المرغيناني والحاوي زوج بكرا من غير كفو فسكتت وهي
بالغة لم يكن سكوتها رضى في قول محمد بن سلمة قال هو قول ابي يوسف
ومحمد قال الفقيه ابو الليث هذا يوافق قولهما على قياس الصغيرة
ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد والعدالة عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وعندهما الواحد كاف ولا يشترط العدالة ولا العدد
كالرسول ويأتي هذا الخلاف عدة مسايل ان شا الله تعالى في كتاب ادب القاضي
في فصل القضا بالمواريث وفي كتاب الاجناس للناطفي جعل السكوت رضى

في عشر مسايل المسئلة الاولى سكوت البكر عند استيمار الولي المسئلة الثانيه
سكوتها عند قبض الاب مهرها والجد عند عدمه والمسئلة الثالثه في بيع
التلجية لو قال في السر تظهر البيع علانية وهو تلجية ثم قال احدهما
للاخر عند بدا لي ان جعله بيعًا صحيحًا فسكت الاخر ثم تبايعا كان البيع صحيحا
والمسئلة الرابعة وقع عند مسلم في الغنيمة بعد ما اسره المشركون ثم
نقسمت ومولاه حاضر ساكت ولم يطلب العبيد فلا سبيل له على العبد بعد
ذلك والمسئلة الخامسة قبض المشتري المبيع بغير اذن البايع وهو
ساكت قبل نقد الثمن فهو اذن له فيه والمسئلة الثالثه راي عبده
يبيع ويشتري فسكت فهو اذن له في التجارة والمسئلة السابعة
سكوت الشفيع بعد العلم بالبيع بصريح الاسقاط يبطل به حقه
فيها والمسئلة الثامنه عبد بيع وهو ساكت ثم قال انا حر لا يقبل
منه وزاد الطحاوي في مختصره فقال قم مع مولاك فقام لزمه
البيع والمسئلة التاسعه قال والله لا اسكن فلانا داري ولا ان تركه
في داري وهو نازل فيها فسكت حنث وان قال له اخرج فابا ان يخرج
فسكت الحالف لا يحنث والمسئلة العاشرة ولدت امرأته ولدا فهناه
الناس به فسكت لزمه وليس له نفيه بعد ذلك لصريح اقرار قلت
والمسئلة الحادي عشر لو قبض الموهوب له الموهوب في المجلس
والواهب ساكت ملكه استحسانا والمسئلة الثانيه عشر قبض المبيع
في البيع الفاسد والبايع ساكت ملكه المشتري والمسئلة الثالثه
عشر لو جاءت ام الولد بولد اخر فسكت المولى يوما او يومين لزمه
ولا يصح نفيه بعد ذلك والمسئلة الرابعه عشر مجهول النسب اذا
بيع وهو ساكت ينظر صح بيعه وصار كانه اقر بالبيع وفي المبسوط
بستامرها خاليه في الاملا من الناس كيلا يمنعها الحيا من الرد اولا
يذهب حشمة الاب عند الناس بردها **قوله** واذا استاذن البنت
فلا بد من رضاها بالقول والرضى بالقول ليس بشرط بل الرضى
يتحقق تارة بالقول مثل رضيت وقبلت ومثله احسنت او اصبت
او بارك الله لك او لنا ونحوها وتارة بالدلاله كطلب مهرها
منه ونفقتها وكسوتها واسكانها وتمكينها من وطيها وقبول
التهنيه والضحك بالسرور والفرح من غير استهزا ونحو ذلك مما

واشتراطه

واشتراطه القول في الرضى لنفي اعتبار السكوت منها بخلاف البكر
والاصل فيه قوله عليه السلام ليس للولي مع الثيب امر رواه ابو
داود والنسائي والاول مسلم وغيره وقد تقدم وعن خنسا بنت
خذام الانصاريه ان اباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فجاءت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فرد نكاحها اخرجه
البخاري وابو داود والنسائي وابن ماجه وفي رواية سفيان
الثوري كانت بكرا وكانت تحت انيس بن قتادة فقتل عنها بواحد
فزوجها ابوها رجلا من بني عمرو بن عوف فجيت الى ابي لبابه بن
عبد المنذر فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم اباها ان يلحقها
بهواها فتزوجت ابا لبابه بن عبد المنذر فاتوا بها فجاءت
بالسايب بن ابي لبابه وكانت من اهل قبا ولم يخالف فيه الا الحسن
البصري وجوز الاب اجبار البالغه الثيب على النكاح **وقوله**
صاحب الكتاب لقوله عليه السلام الثيب تشاور وفي كتب العربيه
الثيب تعرب عن نفسها اي تبين ورواه الاثرم وفي المبسوط قال
جاءت الخنسا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابي زوجني
من ابن اخيه ومالي رغبة فيما صنع ابي فقال عليه السلام لا نكاح
لك انكحي من شئت فقالت اجزت ما صنع ابي ولكني اردت ان تعلم النسا
ان ليس للابا من امرنا شي قلت هذا الذي ذكره شمس الايمة من
حديث خنسا ليس هو حديثها بل حديث خنسا كما ذكرته وانما هذا
الحديث الذي ذكره عن خنسا هو حديث جارية بكر تقدم ذكره في اول
الباب ولان الحيا قد قل منها لممارسة الرجال فلا مانع من الاصل
الذي هو النطق يفصح عما في ضميرها وان زالت بكارتها بوثبة او طفرة
او جراحة او شدة حيضة ودرورها او بالحمل الثقيل او تعنس او
باصبع او عود فهي في حكم الابكار عند كل من يحفظ عنه من اهل العلم
وشذ ابو علي ابن ابي هريره من الشافعية فقال حكمها حكم الثيب وجعل
المعنوسه ان طالت العدة وفي مبسوط ابي علي لا يدخل تحت الابكار ولا
تحت الثيب غريب هذه الالفاظ قال لخلاف البضع قلنا ولا اعتراض
عليها في البضع عندنا ولا يثبت في الشرع منعها وانما الاعتراض عليها
اذا ان وجت نفسها من غير كفو لخوف العار والشين بالولي حتى لو رضي

وتركه لزوم النكاح وقولهم ولهذا الاعتراض عليها في المال ممنوع لانهم
يحجرون عليها في مالها ولهذا لا ينفذ تصرفها اذا كانت مبذرة
ولهذا ونظرها وضبطها وبحثها في النكاح اتم لانه وظيفة العمر ومكان
التوالد والتناسل وهو مقصود لا محالة والاموال وسايل ولهذا
لا يقع النكاح بغتة بل يتقدمه خطبة ومراسلة ومقدمات قبل
العقد عادة فلا يقع الانخداع فيه بخلاف التصرف في المال فانه
يقع بغتة من غير سابقة تقدمه فاذا صح منها ما لا يتقدمه
روية ونظر دل على استكمال عقلها فما يتقدمه النظر والروية اولى
بالصحة وقلت عبارتها في المباشرة لعقد نكاحها ومنع
تفويضها امرها الى غير الولي دعوى بغير دليل وحكم بغير
مستند فان الاحاديث والاثار التي قدمناها كلها تدل على اعتبار
صحة عبارتها بل تدل على صحة مباشرتها اذا احضر الولي والعشيرة
ورضوا بمباشرتها وقولهم علة سلب ولايتها الجوهري الطفر
الوثبة وفي المغرب طفر من باب ضرب اذا وثب في ارتفاع كما
يطفر الانسان حايطا الا ما رواه عن الليث وهو وثب خاص
وقيل الوثبة من فوق والطفر الى فوق وعنست الجارية تعنس
عنوسا فهي عانس اذا طال مكثها في منزل اهلها بعد ادراكها
حتى خرجت من عداد الابكار وفي المغرب حتى صارت نصفا فان
فان تزوجت مرة لا يقال عنست قال ابو زيد وكذلك عنست
الجارية تعنيسا وقال الاصمعي لا يقال عنست ولكن عنست على ما
لم يسم فاعله وعنسها اهلها هكذا ذكر الجوهري عن الاصمعي
وفي المغرب عنه لا يقال عنست ولا عنست ولكن عنست وهو بكر
لان مصيبها اول مصيب لها وباكورة الثمر اولها وبكر بالصلاة
صلاها في اول وقتها وكل من بادر الى شي فقد بكر وابكر اي وقت كان
ولو زالت بكارتها بوثبة فهي كذلك عند ابي حنيفة ومالك وقال
ابو يوسف ومحمد والشافعي وابن حنبل لا يكتفى بسكوتها ولا بد
من نطقها او ما يقوم مقامها كما تقدم ولو وطيت بشبهة
او بنكاح فاسد وفي المرغيناني واقيم عليها حد وفي قاضي خان
وهو الصحيح او قضي عليها بالعدة او اعتادت الزنا وفي الجامع

H

الا ان يتعلق به مهر او نسب ولا يكتفى بسكوتها وان خاصمت الزوج
في المهر قيل لا يستنطق وقيل يستنطق وان اكرهت على الزنا فلا
رواية فيه ذكره في الفتاوى المرغيناني وفي الحواشي لا يتقدم به
خيارها وان فرق بينها وبين العنين وجبت عليها العدة
بزوج الانكار نص عليه في الاصل وفي البدايع لو خلا بها زوجها
ثم فارقها قبل الدخول فهي بكر وقال الطرطوسي في التعليقة
لو زنت مرارا حتى صار الزنا لها كسبه فلا نص لمالك فيه ولابي
يوسف ومحمد ومن قال بقولهما انها ثيب حقيقة لان مصيبها
عايد اليها ومنه المثابة والتثويب ولابي حنيفة ومالك الاثر
وهو قوله عليه السلام في الصحيح البكر تستامر بطلب مهرها
قالت عايشة رضي الله عنها انها تستحيي يا رسول الله قال اذنها
صماتها علل الاكتفا بالسكوت لمكان الحيا لانه خرج جوابا
لقول عايشة ان البكر تستحيي فكانت العلة هي الحيا نصا وقال
ابن قدامه في المغني التعليل بالحيا غير صحيح فانه امر خفي لا يمكن
اعتباره بنفسه قلت هذا رد على صاحب الشرع فكان قوله
نردود او الحيا في المصابه بالفجور اقوى والعذر اظهر
وفي اشتراط النطق فيها اشاعة الفاحشة وهي منهي عنها
شرعا وطبعا وهي بكر بدليل انها تجد مع الابكار فان قيل
لو اوصى لابكار بنات فلان لا تدخل هذه في الوصية ولو اوصى
لثيبات بنات فلان تدخل فدل على انها ثيب وليست بكرا
قلنا الوصية ممنوعة عند ابي حنيفة ومالك رضي الله عنهما
وفي الجامع الصحيح انها ثيب في الوصية وفرق بين الوصية
والاستيذان قلت ينبغي ان لا يجعل ثيبا في الوصية ايضا لان في ذلك
من اظهار الفاحشة التي يجب الستر فيها فان قيل حيا البكارة
سقطت انما هذا حيا الفساد ولم يرد على الشرع باعتباره
قلنا الجواب عنه من وجوه اولها انه عليه السلام علل بحيا ذكر
سبب الوطي عندها وهو موجود فيهما عام لهما ثانيها ان الحيا
منها بذلك يتاكد ويتضاعف اذا كان ذلك من وجه واحد والان
صار من وجهين ثالثها ان الناس عرفوها بكرا ففي اشتراط نطقها

سد باب النكاح عليها لانها تمتنع من النطق لخوف العار وَرابعُهَا
الحيا من اظهار الفساد والمعصية من كرم الطبيعة والاقتدا
بالشريعة وقد حث الشرع عليه فكان فوق حيا البكارة بخلاف
ما ذكرنا من المسايل المتقدمه لان الشرع قد اظهره حيث علق
به احكاما شرعيه وقال اهل ما وراء النهر زالت عذرتها بالاصابه
فوجب ان يشترط كلامها كما لو تكرر منها الزنا مرارا والجواب
ان شيوع الفاحشه والحاد ذلك بكسبه وعدم المبالاة بما يفعل
ازالت حياها بخلاف صورة النزاع ويبطل قولهم بما اذا زالت بكارتها
بفعلها باصبعها او بعود فانها بنت حقيقة لزوال عذرتها
بالصنع ولا يشترط نطقها في الاذن وفي مشارق الانوار الثيب
من النسا هي التي تزوجت فوطيت وفي الحديث الثيب والثيبة
اذا زنتا الحديث وفي الصحاح ابن السكيت رجل ثيب اذا دخل بامراته
وامراة ثيبة اذا دخل بها زوجها وقيل لا يقال للرجل ثيب وفي المغرب
الثيب من النسا التي تزوجت فثابت بوجه عن الليث وهو فيعل من
ثاب اذا رجع لمعاودتها التزوج في الغالب ولان الخطاب يعاودو
نها والجمع ثيبات والجمع الذي هو ثيب والمصدر الذي هو الثيابة
والثيوبه ليس من كلامهم وابن فارس الثيب خلاف البكر وفي الوجيز
الثيب واطيها عايد اليها والبكر واطيها ابتدا قال ولا يعتبر
زوال عذرتها من غير وطي في ابطال اسم البكر والعذرا وفي
الصحاح العذرة البكارة والعذرا البكر وفي المغرب عذرة المراة
بكارتها **قوله** واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت
رددت فالقول قولها وقال زفر القول قوله ولو اقاما البينه
فالبينة ايضا بينتها كالمودع ولو قالت بلغني الخبر يوم كذا ووقت
كذا فرددت وقال الزوج لا بل سكتت فالقول قول الزوج
ونظيرها الشفعة والمسلة في ادب القاضي وفي المرغيناني لو قالت
ادركت امس وعلمت بالخيار وفسخت لم تصدق الا بحجة وبطل خيارها
وان قالت علمت الان وفسخت صح قيل لمحمد كيف يصح وهو كذب قال لا
يصح الا على الوجه فانها لا تصدق الا في الاسناد ولو قالت فسخت
حين علمت لا تصدق الا بالبينة ٥ وفي عمدة الفتاوي بكر زوجها وليها

فقالت

فقالت بعد سنه كنت قلت حين بلغني لا ارضى فالقول قولها وان كانت
صغيرة فقالت اخترت نفسي حين ادركت او حين علمت لا يسمع لانها
تريد ابطال العقد الثابت عليها بخلاف الاول ولو قالت حين بلغني
الخبر قبلت وكذا في الواقعات الا ان يقيم الزوج البينة على رضاها
ذكره في الفتاوي وكذا على سكوتها ولو قامت البينه على الرد مع
ان القول قولها تقبل وكذا في الوديعة لاسقاط اليمين وفي
قاضيخان وان اقام الزوج بينة انها اجازت النكاح حين اخبرت
واقام المراة البينة انها ردت العقد حين اخبرت كانت البينة
بينة الزوج لانها بينة اللزوم فرجحت بخلاف الاول لان بينه
الزوج فيه قامت على امر عدمي اذ السكوت عدم وبينة المراة قامت
على اثبات الزوج فكانت اولى وجه قول زفر ان السكوت اصل
والرد عارض والقول قول منكر العوارض كما لو ادعى المشتري
خيار الشرط وكما لو ادعى المشتري وطلب له الخيار الرد بعد مضي
مدة الخيار بخلاف خيار الرؤية اذا قال المشتري لم ارى المبيع
ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وملك البضع والمراة
تدفعه فكانت منكرة والقول له كالمودع اذا ادعى رد الوديعة
بخلاف دعوى خيار الشرط لانه عارض لا يثبت الا باتفاقهما
وبخلاف مسلة الخيار لان العقد قد لزم بمضي المدة ولم يظهر
اللزوم هنا وان لم يكن له بينة لم يحلف عند ابي حنيفة رضي الله
عنه ويحلف عند ابي يوسف ومحمد والايمة الثلاثه وابي ثور
فان حلفت لم يثبت النكاح وان نكلت ثبت عند ابي يوسف ومحمد
وعندهم يحلف الزوج ويقضي بالنكول عندهما وكذا عند
الباقين بعد يمين الزوج وهي مسلة الاستحلاف في الاشيا الستة
وسياتي في الدعوة ان شا الله تعالى والفتوى على قولهما وفي
ادب القاضي ٥ ادعى الاب انه زوج ابنته الصغيرة فانكر يحلف
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وفي الكبيرة لا يحلف عنده اعتبارا
لاقراره فيهما **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجها
الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك لا
يجوز نكاح الصغير والصغيرة بكرا كانت او ثيبا الا الاب وهو قول

ابن حنبل ولا يروى تجويز تزويج الصغيرة الثيب الشافعي وابن حنبل
وداود حتى تبلغ والشافعي يجوز تزويج الصغير والصغيرة غير
الثيب الاب والجد وقد تقدم " وفي المحلى اجاز مالك الاخ ان يزوج
الصغيرة في رواية ابن وهب عنه اذا كان فيه نظر لها ومنعه في
رواية ابن قاسم وفي المحلى لا يجوز للاب ولا لغيره تزويج الصغير
المذكور قبل بلوغه عند طاوس وقتادة والثوري وداود والظا
هري وقال ابن شبرمة وعثمان البتي لا يجوز لاحد تزويج الصغير
والصغيرة حتى يبلغا واجاز تزويج الصغير والصغيرة لغير الاب
والجد من الاوليا العصبات الحسن البصري وعمر بن عبد العزيز وطاوس
في رواية عطا وقتادة والاوزاعي ولهما الخيار عندهم اذا بلغا
ذكر ذلك ابن ابي شيبة في مصنفه وابو بكر بن المنذر في الاشراف
وقال ابو الفرج في التحقيق عن احمد يجوز تزويج الصغير والصغيرة
لجميع العصبات واذا كانا يتيمين وثبت لهما الخيار اذا بلغا في رواية
عنه ومذهبنا في غير الاب والجد قول عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب
وعبد الله بن مسعود والعبادلة الثلاثة وابي هريرة وزوج رسول
الله صلى الله عليه وسلم امامة بنت حمزة سلمة ابن ابي سلمة وكانت
صغيرة والنبي عليه السلام ابن عمها وقال لها الخيار اذا بلغت
وانما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة لوجهين احدهما انه عليه السلام
لم يزوج صغيرة ولا كبيرة من كان لها ولي ولو كان زوجها بالنبوة
لم يتقدم عليه ولي والوجه الثاني انه اثبت لها الخيار كما لو زوجها
الاب والجد والمولى اذ النبوة اعظم من ذلك ولا قصور فيها
والعباس وان كان عمها لكن يحتمل انه كان غايبا او تاد به مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم وجعل الامر اليه ذكره سبط ابن الجوزي وغيره
وحكى الكرخي اجماع الصحابة على مثل مذهبنا وروي عن علي رضي
الله عنه موقوفا ومرفوعا الانكاح الى العصبات ذكر الحديث
شمس الايمة السرخسي وسبط ابن الجوزي والحديث لم يخرجه احد
من الجماعة ولا يثبت مع ان الايمة الاربعة اتفقوا على العمل به في حق
البالغات وفي المبسوط القياس ان يثبت لهما الخيار اذا بلغا في
تزويج الاب والجد ايضا ذكر القياس والاستحسان محمد ابن سماعة

واعتبره

واعتبره بالاجارة اذا بلغا قال لكن تركنا القياس في الاب للحديث والجد
لان ولايتهما تامة وشفقتهما وافرة عامة في النفس والمال
واستدل بقوله تعالى وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما
طاب لكم من النساء في نكاح اليتامى هكذا فسرته عايشة
رضي الله عنها ولان تاثير البلوغ في زوال الولاية عليها لقدرتها
بالبلوغ وكمال عقلها به وبوجه التكاليف الشرعية اليها واذا
جعل وليا عليها بعد بلوغها بهذا السبب عرفنا انه ولي لها
قبل بلوغها في حال الصغر وبه فارق المال فانه لا يستفيد الولاية
به بعده فكذا قبله ولانه لا حاجة الى ولاية المال في حقهم
لتصرف الموصي فيه بخلاف النكاح والمراد بقوله عليه السلام لا
اليتيمة تستاذن في نفسها رواه النسائي واحمد بن حنبل البالغة
لقوله تعالى واتوا اليتامى اموالهم ويدل على صحة ما رواه ابو
داود والنسائي من قوله عليه السلام ليس للولي مع الثيب امر
واليتيمة تستامر وصمتها اقرارها واليتيمة لو كانت دون
البلوغ لم تستامر بالاجماع ولان القرابة داعية الى الشفقة والنظر
كالاب والجد والخلل الحاصل بقصور الشفقة عن الاب والجد
ينجبر بعدم اللزوم وثبوت خيار الفسخ كما ذكرنا ذلك عن جماعة
من السلف بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن التدارك
في الخلل فلا ينفع التصرف الا ملزما ومع قصور الشفقة لا يمكن
الالزام وقد ذكرنا الاستغنا عنهم في المال بالوصي والقاضي وقال
ابن الجوزي كمال الولاية لكمال الشفقة ولا يبقى على الصغيرة ولاية
الا لمن هو في نهاية النظر ولان النكاح لا يقبل الخيار ابتداء قلت
هذا منه دعوى عارية عن البرهان ولا يشترط فيه كمال الولاية
ولا نهاية النظر فان الوصي يلي عندهم ولا شفقة فضلا عن كمالها
ومن يلي له ولاية النظر والفرق بين الابتدا والبقا ظاهر لان البقا
اسهل ويغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتدا وقد اثبتوا فيه خيار
العيب وخيار الجب وخيار العنة وخيار البكارة والترتيب في
العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب
بالاقرب وفي الذخيرة والاسبيجابي الولاية للاب ثم للجد ابي الاب
وان علا ثم الاخ لاب وام ثم لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم لاب ثم اولادهم

كذلك ثم للعم لاب وام ثم لاب ثم اولادهما على الترتيب ثم لعم الاب لاب وام
ثم لاب ثم لاولادهما كذلك ثم لعم الجد لاب وام ثم لاب ثم لاولادهما على
الترتيب ثم لمولى العتاقه تستوي فيه الذكر والانثى ثم ذوو
الارحام الاقرب فالاقرب ثم مولى الموالاة في قول ابي حنيفة
وابي يوسف كما ذكر في الميراث وعند محمد ليس الى ذوي الارحام
انكاح ثم القاضي ومن نصبه القاضي وفي المبسوط وعند زفر الاخ
لاب وام والاخ لاب سواء ثم مولى العتاقه بعد العصبات النسبية
ثم عصبته ثم الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب عند ابي حنيفة
استحسانا وابو يوسف معه في اكثر الروايات وذكر الكرخي مع
محمد والاول اصح ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه
القاضي وفي قاضيخان الابن مقدم على الاب عند ابي حنيفة وابي يوسف
ثم ابنه وان سفل ثم الاب ثم الجد وذكر الكرخي ان الاخ مع الجد يشتركان
عند ابي يوسف ومحمد كالميراث عندهما والاصح النكاح للجد عند الكل
وفي المبسوط وهو ظاهر الرواية وهو الاصح وقال شمس الايمة
الحلواني في شرحه الاصح عندي ان الجد اولى بالنكاح عند الكل
وشفقة الجد كشفقة الاب ولهذا لا يثبت خيار البلوغ في الجد
كالاب بخلاف الاخ وفي المحيط والمختلف هما سواء عندهما وروى
الحسن عن ابي حنيفة ان الصغيرة لا يزوجها الا العصبات
وهذا قياس وهو قول محمد وابو يوسف في كتاب النكاح مع ابي
حنيفة وفي كتاب الولاء عن محمد في جواز عقد الولاء عليها ومولى
الموالاة له تزويجها عند ابي حنيفة وعند محمد لا يزوجها لانه
موضوع عند ذوي الارحام فاذا لم يكن لهم ولاية التزويج فالموضوع
عنهم اولى لعدم الولاية ثم القاضي والسلطان وفي المرغيناني
ذوو الارحام عنده واقربهم الام ثم البنت ثم بنت الابن ثم بنت
البنت ثم بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت
لاب وفي مجموع النوازل الاخت لاب وام مقدمة على الام ثم الاخ
والاخت والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات
واولادهم على هذا الترتيب فان اجتمع الجد الفاسد والاخت
فالولاية للجد ثم مولى الموالاة وفي المحيط ومولى الموالي بمنزلة ذوي
الارحام وفي خزانة الاكمل مولى الذي اسلم ابو الصغيرة على يده

وولاه يزوج عند عدم الاقرب وشرط الاسلام على يده والظاهر
انه ليس بشرط فما دام لها اقرب فالقاضي ليس بولي عنده وعند
صاحبيه ما دام لها اوله عصبة فالقاضي ليس بولي وفي الروضة
لو امتنع الاب لا ينتقل الولاية الى الجد بل يزوجها القاضي فان لم
يمتنع الاب فزوجها القاضي لم يجز وذكر ابن رستم في نوادره وقد
ذكر في نوادر ابي يوسف يزوجها القاضي ولا يلتفت اليه وفي قنية
المنية ام الاب اولى بتزويجها من الام في حق الصغيرة والاخت لاب
وام اولى من الام ثم قال ركن الاسلام علي السعدي والنساء اللواتي
من قوم الاب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات باتفاق
اصحابنا وهن الام والعمة وبنت الاخ وبنت العم واما الام والنساء
اللواتي من قبل الام فلهن ولاية التزويج عند ابي حنيفة خلافا
لمحمد ذكره في قنية المنية قال نور الايمة ما ذكر نور الاسلام علي
السعدي من الاجماع مستقيم في الاخت لا في العمة وبنت الاخ وبنت
العم لانها من ذوي الارحام ومثله في الذخيره والمشهور عنه
انه يلقب بركن الاسلام وفي الذخيرة الابن اولى من الاب في المجنونه
عند ابي حنيفة وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف وقال محمد
ابوها وهذا الخلاف في الجد ذكره القدوري وذكر شيخ الاسلام
ان عند ابي حنيفة الابن اولى من الجد رواية واحدة وفي نوادر
هشام عن محمد اذا كان الرجل مجنونا وله اب وابن فالتزويج الى الاب
والبيع الى الاب عند ابي حنيفة ومثله في المنتقى وهو قول ابي
يوسف وعند محمد الجميع الى الاب واذا اجتمع الابن والاخ عند محمد
فان زوج المعتوهة ابوها او جدها ثم افاقت فلا خيار لها وان
زوجها عمها او اخوها ثم عقلت فلها الخيار وان زوجها ابنها
فلا رواية فيه عند ابي حنيفة ويجوز ان لا يكون لها الخيار
لانه مقدم على الاب عنده ولا خيار في تزويج الاب فكذا في تزويج
من يتقدم عليه وفي المبسوط ورجع ابو يوسف عن ثبوت الخيار
لها وهو قول عروة ابن الزبير ويثبت الخيار في تزويج القاضي
في ظاهر الرواية وروى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا
خيار لها ووجهه ان ولايته في النفس والمال كالاب والجد بخلاف

الاخ والعم ووجه ظاهر الرواية القاضي موخر عن الاخ والعم فاذا ثبت
الخيار في الحاجب ففي المحجوب اولى والاصح من الروايتين في الام ثبوت
الخيار لقصور رايها ودون شفقتها ولهذا الابتلي المال وفي الذخيرة
الابن اذا بلغ عاقلا ثم جن او عته فعلى قول ابي يوسف لا تعود ولاية
الاب قياسا حتى لو تصرف في ماله او جوزه امراة لا يجوز بل يكون الولاية
الى القاضي وعلى قول محمد الولاية الى القاضي استحسانا وقال ابو بكر
الميداني الجنون ولاية الاب عند علمائنا الثلاثه رحمهم الله وقال زفر
الولاية للسلطان والاب اذا عته فليس للابن التصرف في ماله وهل
يثبت له ولاية تزوجه ذكر شيخ الاسلام في اخر باب ان الاب للصبي
والمعتوه على قول من يقول يثبت للاب ولاية تزويج ابنه اذا جن الابن
يثبت الولاية للابن ها هنا "وفي فتاوى ابي الليث زوج ابنه الكبير
بغير اذنه ثم جن الابن فاجازه الاب جاز" وفي البدايع عن ابي يوسف
الاب والابن اذا اجتمعا فانما يجوز المجنونه جاز هذه رواية المعلى
عنه فاثبت الولايه لكل واحد منهما كالاخوين المتساويين وعند
حضورهما يتقدم الاب احتراما له ومن الغريب ما ذكر في نوادر رمًا
بن النصرسنبل الرازي عن امراة لها اب وابن قال ابو يوسف يزوجها
ابوها ويدعي ان قوله هذا قول ابي حنيفة وذكر في جوامع الفقه
والذخيرة والواقعات وفتاوي الفضلي للشهيد والفتاوى للمرغيناني
وغيرها من الكتب ان القاضي لا يزوج الصغار الذين لا ولي لهم الا اذا شرط
الامام له تزويجهم في عهده ومنشوره وان لم يشترط له ذلك فلا
ولاية له عليهم ولو زوجها ولم ياذن السلطان في ذلك ثم اذن له
فيه فاجاز ما كان صنع من ذلك اجاز هكذا ذكر في الواقعات والصحيح
انه يجوز وهو استحسان فان محمدا رحمه الله نص في الجامع في اول كتاب
النكاح على مثله ثم ان اصحابنا قالوا ان قوله عليه السلام النكاح الى العصبات
يتناول الام لانها عصبة في الجملة بدليل ان ولد الملاعنه ترث منه
الام كل المال وكذا ولد الزنا وفي التمهيد البكر اذا زوجها ذو راي
واصاب وجه الراي ولها اخ او غيره من الاولياء فهو جائز عندي
فلم يشترط الولي اصلا واجاز مالك ان يزوجها رجل من عدد لها وان
كان ثمه من هو اقعد بها منه واقرب اليها وقال مالك لا يكون

الاقرب من الاولياء اقعد الا اذا تشاجروا في نكاحها قاله عنه ابن
القاسم وقال مالك في الثيب لها اب واخ يزوجها الاخ برضاها
لانها قد ملكت امرها فهذه كلها روايات ابن القاسم عن مالك وروى
ابن وهب عن مالك ان الابن اولى بانكاح امه من ابيها وبالصلوات
عليها وبه قال العنبري واسحق وابن المنذر وعن ابن حنبل
الابن اولى من الجد وعنه يقدم الاخ على الجد وعنه الاخ والجد
سوا كقول لهما ان الابن وابنه عند عدم الاب والجد ذكره في
المغني وعند الشافعي لا ولاية للابن وابنه والاخ للابوين
والاخ للاب سوا في المشهور عن ابن حنبل وبه قال ابو ثور والشا
فعي في القديم وفي الجديد الشقيق قال ابن قدامه هو الصحيح
كقولنا وقد ذكرنا حديث تزويج ام سلمة لرسول الله صلى الله
عليه وسلم فقالت قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال
احمد ومن يقول ان عمر كان صغير السن فيه بيان ويروى اخم
فزوج رسول الله ذكره عبد الحق في الاحكام الكبرى

مسألة

الوصي لا يزوج وهو قول الشعبي والنخعي والثوري والحارث
والشافعي وابن المنذر ورواية عن ابن حنبل وثالثه في قول الحسن
وحماد ابن ابي سليمان ومالك وابن حنبل وروى هشام عن ابي حنيفه
انه اذا اوصى اليه بذلك جاز ذكره المرغيناني وبه قال ابن حنبل
وفي تعليقة الطرطوسي الوصي اولى من الولي سوا قال الموصي انت وصيي
او انت وصيي على ما تاتي او انت وصيي على ما لي عند مالك وفي قاضيخان
ان اوصى اليه بذلك جاز عند مالك وقال ابن ابي ليلى هو ولي في الوجهين
قلت هو قول مالك ايضا وقال مالك اليتيمة يزوجها سائر الاولياء
ولها الخيار اذا بلغت وعنه ان لم يسها ضرورة او حاجة ومثلها
يوطا تزوج والمذهب المنع فان سكتت بطل خيارها ذكره كذلك
الطرطوسي وفي جوامع الفقه اذا غاب او عضل زوجها القاضي
صغيرة كانت او كبيرة وان كان الولي فاسقا فللقاضي ان يزوج الصغيرة
وعن ابن المبارك القاضي اولى من الشرطي بخلاف الجمعة والعيدين
والجاريه بين اثنين اذا جاءت بولد فادعياه حتى يثبت النسب
منهما ينفرد كل واحد بالتزويج وقال محمد لا ينفرد احد الوليين

كاحد المعتقين والامة الصغيرة يزوجها سيدها لا ابوها ان كانت بكرا
باذن سيدها قال ابن حزم في الرد على المالكية في ولاية الوصي انهم موهوا
بالخبر الذي روي من طريق وكيع عن يحيى ابن عبد الرحمن عن ابي لبيبة
عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من منع يتيمة النكاح
فزنت فالاثم بينهما قال وهو مرسل ويحيى ابن عبد الرحمن ضعيف مع
انه ليس للوصي فيه ذكر قلت وبهذا يبطل قولهم ان الولاية في النكاح
لم تشرع للمراة كيلا تضع نفسها في غير كفو فيلحق بذلك العار للاوليا
لان الوصي لا يلحقه العار بذلك فلعله يضعها في غير كفو لانه لا يلحقه
عار فلم يكن وليا بل الولي من يلحقه العار بذلك فلما لم يراعوا هذا المعنى
في الوصي بطلت هذه العلة ولا ننتقض بالحاكم فانه موخر عن الاوليا
ففيه ضرورة والوصي عنده متقدم على الاوليا ولا ضرورة فيه لوجود
غيره وهو الولي ولان الايصاء به يقبل الولاية الى غير الولي من جهة
الشرع بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يصح فرع ذكر في المغني
امراة اسلمت على يد رجل تزوجها هو في رواية حرب عن ابن حنبل
وهو قول اسحق وعن ابن سيرين تزوجها نفسه وكذا عندنا ان ب
والد ولم يكن لها احد من العصبات ولا من ذوي الارحام وعرض
لها ما يمنع مباشرة عقدها بنفسها مسئلة في النوادر اذا زوج
الصغير غير الاب والجد فالاحتياط ان يعقده مرتين مرة بالمسمى
ومرة بغير مسمى فينعقد الثاني بمهر المثل ولانه يحتمل ان يكون حلف
بطلاق كل امراة يتزوجها واما الاب والجد فسياتي ان شا الله
تعالى ويشترط القضا في خيار البلوغ بخلاف خيار العتق والفرق
بينهما في الاحكام خمسة الحكم الاول هذا ووجه الفرق ان خيار البلوغ
مختلف فيه فلا بد ان يتاكد بالقضا كالرجوع في الهبة وخيار العتق
اذا كان الزوج عبدا مجمع عليه ولان سبب خيار البلوغ باطن خفي
وهو تمكن الخلل عسى لقصور شفقة المباشر او رايه ولهذا عم الذكر
والانثى فجعل الزاما في حق الاخر فافتقر الى القضا وخيار العتق لرفع
ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها اذا كانت مملوكة بطلقتين وبعد
العتق يملك الزوج عليها الثلث فكان رفعا والرفع لا يفتقر الى القضا
ثم لا يمكن رفع هذه الزيادة الا برفع اصل النكاح ويكون رفعه ضمنا

للرفع

للرفع والشرع نظر اليها والثيب لها خيار العتق والخيار بالجب والعنه
ولا يثبت للزوج خيار الا بالرتق والقرن لان الطلاق بيد الزوج ولان
الزوج قد رضي بهذا الضرر حيث يزوج امة باختياره والحكم الثاني
اذا علمت بالنكاح ولم يعلم بخيار البلوغ وبلغت فسكتت فهو رضى
كالابتدا بل اولى لان البقا اسهل بخلاف العتق لان خيار العتق ثابت
باعتاق المولى من جهته فصارت كالثابت بتخيير الزوج فيعتبر
المجلس دون السكوت وفي قاضيخان لان خيار العتق يثبت بتخيير
الشرع ولا يبطل بالسكوت كالخيار الثابت بتخيير الزوج وخيار البلوغ
يثبت لعدم الرضى وسكوت البكر رضى بالنكاح بالنص ولان خيار العتق
خيار قبول الملك لانها تملك نفسها او بضعها بالاعتاق فصار كخيار
المشتري وخيار المخيرة والحكم الثالث ان خيار البلوغ في حق الثيب
والغلام لا يبطل بالقيام من المجلس وخيار العتق يخير به والفرق ان سبب
خيار البلوغ عدم الرضى فبقي ما لم يوجد الرضى كخيار العيب وخيار
الاجازة في عقد الفضولي وخيار العتق كخيار المخيرة على ما مر وهو يبطل
بالقيام من المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم والحكم الرابع ان في خيار
البلوغ جهل في غير موضعه لان الحرة تتفرغ لمعرفة احكام الشرع
والدار دار الاسلام وهي دار العلم فلا يعذر بالجهل كمن اسلم في دار الاسلام
وجهل الشرايع والامة لا تتفرغ لمعرفة الشرايع لانها مشغولة بخدمة
مولاها فعذرت بالجهل بثبوت الخيار كمن اسلم في دار الاسلام وجهل الشرايع
فانه يعذر لما ذكرنا وانما اشترط علمها بالنكاح لان الولي ينفرد به
ولا تعلم هي بذلك وفي المبسوط اشترط العلم بخيار البلوغ عند محمد كخيار
العتق والحكم الخامس ان خيار البلوغ يثبت للذكر والانثى وخيار
العتق يثبت للانثى خاصة والفرق ان الخلل المذكور يثبت في حقها
وزيادة الملك تختص المعتقة دون المعتق ثم الفرقة بخيار البلوغ فسخ
في حق الجارية والغلام والمعتقة اما المعتقة فلانها لا يتصور الطلاق
منها لانه بيد الرجل وفي خيار البلوغ يشترك الذكر والانثى فلا يكون
طلاقا كالردة بخلاف خيار المخيرة لانه نفاذ من الزوج فكان طلاقا
كتطليقة اباها ويجري التوارث بينهما قبل القضا في خيار البلوغ
وبعده ويقع طلاقه لان النكاح نافذ والنكاح الموقوف على الاجازة

يبطل بالموت من احدهما ولا يقع طلاقه ولا يفتقر الفرقة الى القضا لانه
غير نافذ والاصحاب رضي الله عنهم يقولون النكاح لا يقبل الفسخ
والصواب ان يقال النكاح الصحيح النافذ اللازم لا يقبل الفسخ
قصد ذكر الصحيح لاخراج الفاسد والنافذ لاخراج من الموقوف
فانه غير نافذ وان كان صحيحا وهو قابل الفسخ وذكر اللازم
احترازا من النكاح الذي فيه خيار البلوغ وخيار العتق ولانه فسخ
لانه غير لازم وقولي قصدا احترزت به عن الردة فانها فسخ
عند ابي حنيفة وابي يوسف لكنها فسخ من غير قصد وان كان النكاح
صحيحا نافذا لازما في ادب القاضي اذا فرق القاضي بخيار البلوغ
بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وبعد الدخول يجب المهر كاملا
وكذا اذا اختارت نفسها ببلوغها قبل الدخول وبعده يجب
كل المهر و في الذخيرة اذا صارت ثيبا لا يبطل خيارها الا
بالنطق صريحا او دلالة كالتمكين من الوطي بعد العلم بالخيار او طلب
النفقة والكسوة كما لو اكلت من طعامه او خدمته كما كانت
تخدمه فهي على خيارها واذا بلغت وسالت من اسم الزوج او عن
المهر المسمى او سلمت على الشهود بطل خيارها والصحيح ان خيار
البلوغ بعد العتق في المملوك لا يثبت ولا خيار في الامة بين الاصحاب
انه لا يثبت لان خيار العتق يغني عنه ولانها زوجت بولاية كاملة
كالاب والجد وينبغي لها ان تختار نفسها مع روية الدم وان رانه
بالليل تختار بلسانها فتقول قد فسخت نكاحي وتشهد اذا
اصبحت وتقول رايت الدم الان فان قالت الحمد لله قد اخترت
فهي على خيارها فان بعثت خادمها حين حاضت تدعوا شهودا
فلم تقدر عليهم وهي في موضع منقطع عن الناس قال لزمها النكاح
ولا تعذر فاذا اختارت واشهدت ولم تتقدم الى القاضي شهرين
فهي على خيارها ما لم تمكنه من نفسها كخيار العيب وفي المرغيناني
اذا اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول اطلب الحقين ثم تبدا في
التفسير بخيار البلوغ قوله ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا
مجنون وهو اجماع وفي المغني قال احمد ان كان الصغير ابن عشر
زوج ويزوج وطلق وهو شذوذ وتعلق بقوله عليه السلام

واضربوا

واضربوا عليها في العشر ولا اهل العلم حديث رفع القلم المشهور وحديثهم
للموت والتحلق ولان هولا لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا يثبت
ولا يتم على غيرهم ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض
الى من لا راي له ولا ولاية لكافر على مسلم ولا مسلمة ولا لمسلم على
كافرة قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من يحفظ عنه من اهل العلم
قالوا الا ان يكون المسلم سلطانا او سيد امة كافرة وهو مذهب
الشافعي وابن حنبل ولم ار هذا الاستثنا عن اصحابنا في كتبهم وفي
المغني الكافرة اذا اسلمت ام ولده هل ان وجهها فيه وجهان اما
سيد الامة الكافرة اذا كان مسلما فله تزوجها لكافر لكونها لا
تحل للمسلمين عندهم ويزوج الكافر ابنته الكافرة من كافر وفي
المغني ومن مسلم وكذا ان زوج ابنه الكافر ويبطل به قول ان الفسق
يسلب الولاية فان الكافر فاسق وزيادة وعندنا الفسق لا يسلب الولاية
وبه قال مالك وابن حنبل خلافا للشافعي واذا غاب الولي الاقرب غيبة
منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وبه قال مالك وابن حنبل
وقال زفر لا يزوجها احد وقال الشافعي ينتقل الى الحاكم والشافعي
يعتبر غيبته بعضله فان الولاية تنتقل الى السلطان فيه كذا هنا
وزفر يقول ان الولاية للاقرب مع غيبته قايمة حتى لو تزوجها
من حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع وجود ولاية الاقرب كما كان
حاضرا ولنا ان السلطان ولي من لا ولي له فلا اعتبار لولاية السلطان
اذا لم يكن لها ولاية لحضرته فصار كما لو كان الاقرب طفلا او مجنونا
او عبدا او كافرا او ميتا فان الولاية فيها للابعد والفرق بين
العاضل والغايب ان العاضل ظالم فتنتقل الى السلطان لان رفعه
اليه والغايب غير ظالم لا سيما اذا كان سفره للحج والجهاد فافترقا
فاشبه النفقة والحضانة فانها تنتقل الى الابعد ولان الممنوع
كالمعدوم في الشرع كالما للطهارة والرقبة للكفارة ومال
ابن السبيل في اخذ الكفارة الزكاة له وهذه عبارة اهل اصفهان
وما ورا النهر و في البدايع الاصح ان ولاية الاقرب تنتقل الى
الابعد ويدل عليه انهم قالوا ان الاقرب لو كتب كتابا الى الابعد ليقدم
رجلا يصلي على جنازة الصغيرة فللابعد منعه ولو كانت ولايته باقية

لما جاز منعه كما لو كان حاضرا فتقدم رجلا اجنبيا ولان بقا ولايته تودى
الى ممنوع فان الاقرب لو زوجها من حيث هو وصح فربما زوجها
الابعد ولا يعلم ذلك فيدخل بها وهي في عصمة غيره وهذا لا يليق
وفي قاضيخان لو زوج الغايب الاقرب من حيث هو ولا رواية فيه
وفي المحيط لا رواية فيه قال وينبغي ان لا يجوز لانقطاع ولايته
وقيل يجوز وفي المبسوط يجوز وفي الكتاب فيه منع وبعد التسليم
للابعد بعد القرابة وقرب الراي والتدبير وعكسه فنزلا
منزلة وليين متساويين ايهما جوز جاز ونفذ ولا يرد واعتبر
اهل اصفهان والعراق ونيسابور وما وراء النهر هذه الولاية
بولاية المال فانها لا تنتقل الى الابعد اجماعا وجعلوها عمدتهم
وهو فاسد فان الابعد لا يتولى المال عند عدم الاقرب فعند
وجوده اولى بخلاف النكاح فان الابعد يتولاه عند عدمه
بالاجماع **قوله** والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا يتصل
اليه القوافل في السنة الا مرة قال وهو اختيار القدوري
وفي البدايع هو رواية ابن شجاع والمراد به ان يصل الخبر الى
الخاطب في تلك السنة ذكره في المغرب قال في الذخيرة والواقعات
الصحيح انها مقدرة بثلاثة ايام واختارها محمد بن مقاتل
الرازي قاضي القضاة ابو عصمة سعد بن معاذ المروزي
وركن الاسلام ابو الحسن علي السعدي قال الشهيد وبه يفتى
وفي المنبع اكثر من ثلثة ايام وفي الواقعات واختار اكثر المشايخ
الشهور وفي البدايع والاسبيجابي حكاية عن ابي يوسف وفي المحيط
عن محمد روايتان احدهما مسيرة شهر والاخرى مسيرة ثلاثة ايام
واختارها ابو الليث وعن محمد من الكوفة الى الري وذلك ثمن
وعشرون مرحلة وفي رواية من بغداد الى الري وهو عشرون
مرحلة وفي الروضه هو قول ابي حنيفة ذكره الطحاوي في
شروطه ومختصره وقيل من الرقة الى البصرة وفي الاسبيجابي ان
كان في مكان لا تختلف اليه القوافل فهو غيبة منقطعة وقيل
ان كان في موضع يقع اليه الكرابد فيه واحدة فليست منقطعة
وقيل ان كان القوافل تذهب الى ذلك المكان في كل سنة فليست منقطعة

ومن المشايخ من قال ان لا يوقف له على اثر ان كان والا من موضع الى موضع
او مقصود احتى لو كان معها في بلد واحد لا يوقف عليه مختفيا كانت
غيبته منقطعة هو الصحيح ومنهم من قال يقدر بفوات الكفو الخاطب
وعليه اكثر المشايخ منهم ابو بكر محمد بن الفضل امام بخاري وشمس
الايمة السرخسي قال الاسبيجابي هو اقرب الى الصواب وفي رواية
عن ابي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان ذكره في قاضيخان
والمبسوط وفي الاسبيجابي هما مدينتان احداهما بالمشرق والاخرى
بالمغرب قال السرخسي هذا رجوع الى قول زفر لان هذه المسافة
لا يتصور الوصول اليها وفي المغني عند الحنابلة احدها ان لا
يصل اليه القوافل او تصل ولا يجيب عنه قلت عدم الاجابة ليست
بغيبة منقطعة وقال القاضي منهم حدها ان لا تتردد اليه القوافل
في السنة الا مرة قال لان الكفو لا ينتظر اكثر من سنة هذا هو قول
اصحابنا وابدا الوصول بالتردد وافسده به ان التردد يتوقف
على التكرر ولا يوقف على مقدار وقال احمد يزوجها الحاكم وان
كان قريبا وان كان القريب محبوسا او اسيرا في مسافة قريبة فهو
كالبعيد وكذا اذا لم يعلم مكانه والشافعية قدروها بمسافة
القصر واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن ابي يوسف الولاية لهما ذكره في الذخيرة
وقال محمد ابوها وقد ذكرنا المسئلة وما فيها من مذاهب العلما
رضي الله عنهم قبل هذا فلا نعيده **مسئله** امراة جاءت الى القاضي
وقالت ليس لي ولي واني اريد ان اتزوج فالقاضي يأذن لها في النكاح
لانه لو علم لها وليا اذن بالنكاح فقد صح رجوع محمد الى قول ابي
حنيفة فيما هنا اولى كذا ذكره الصدر الشهيد وذكر اسماعيل بن
حماد عن امراة جاءت الى القاضي وقالت اني اريد ان اتزوج وليس لي ولي
ولا يعرفني احد فان القاضي يقول لها ان لم تكوني قرشيه ولا عربيه
ولا ذات زوج ولا في عدة احد فقد اذنت لك وذكر شيخ الاسلام في
كتاب المزارعة لو ان امراة جاءت الى القاضي وقالت فلانا خطبني وليس
لي ولي زوجني منه فان للقاضي ان يكلفها اقامة البينة على ما ادعت وان
شا قال لها زوجي نفسك ان كان الامر كما وصفت وبعد اقامة البينة

يلزم القاضي ما ادعت من غير خيار قلت وهذه البينة تسمى بينة تكشف
الحال ذكرها في الوجيز في الباب الثالث من الاجازات وفي المرغيناني
سئل شيخ الاسلام عن بكر بالغ شافعية زوجت نفسها من حنفي او شا
فعي والكل جائز يعتقد ان هذا المذهب ولو سئلنا ما جواب الشا
فعي في هذه المسئلة اجبنا انه يصح عند ابي حنيفة رضي الله عنه وسئل
ايضا عن عقد عقد بحضرة فاسقين من المسلمين وغاب عنها الزوج
غيبة منقطعة هل يجوز الى القاضي ان يبعث الى شافعي ليبطل النكاح
بهذا السبب قال نعم وللحنفي ان يبطله بنفسه ايضا اخذا بهذا
المذهب وان لم يكن مذهبا له قال وعندي ان هذا على قول ابي حنيفة
بناء على ان القاضي اذا افتى بخلاف مذهبه ينفذ عنده خلافا لهما
رجل اغتسل يوم الجمعة وصلى بالناس ثم اخبر بوجود فارة في بير الحمام
بعد تفرق الناس فقال لا نعيد نقول اخوانا من اهل المدينة في العلن

فصل في الكفاءة قال الجوهري الكفو النظير
وكذا المكفو والكفوء على فعل وفعول والمصدر الكفاء بالفتح
والمد ويقول لا كفاء له اي لا نظير له وهو في الاصل مصدر وقال
المطرزي الكفو النظير ومنه كافاه اي ساواه اي تكافوا وتساوو
وفي الحديث المسلمون تتكافى دماءهم اي تتساوى **قوله** الكفاءة
في النكاح معتبرة اعلم ان الفقهاء واصحاب الحديث اختلفوا في اعتبار
وقال ابن المنذر في الاشراف ذكر عمر بن عبد العزيز وحماد ابن ابي
سليمان وعبيد بن عمير وابن سيرين وابن عون ومالك الا ان الكفاءة
غير معتبرة الا في الدين وفي البدايع وهو قول الحسن البصري
والكرخي وفي المبسوط قال الكرخي الاصح عندي انه لا اعتبار بالكفاءة
في النكاح وعن الثوري وابن حنبل لا بد من اعتبار الكفاءة في النكاح
ولا يسقط الا بتراضي الولي والمراة وعنه في الرجل يشرب الشراب
وهو حايك يفرق بينهما الا ان التزوج عن كفو يصرف في حق من حدث
من الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير اذنها وفي المبسوط
وذهب الشيعة الى ان نكاح العلويات ممتنع على غيرهم مع التراضي
وهما قولان على ما نذكره ان شاء الله تعالى استدل من لم يشترط الكفاءة
الا في الدين او لم يشترطها اصلا بحديث ابي هند الذي حجم رسول الله

صلى

صلى الله عليه وسلم في النافوخ فقال النبي عليه السلام يا بني بياضة انكحوا ابا
هند وانكحوا اليه وقال ان كان في شيء مما تتداوون به خير فالحجامة
رواه ابو داود وقيل اسم ابا هند عبد الله وهو مولى فروة بن عمرو
البياضي من بني بياضة بطن من الانصار ونسب اليه غير واحد من الصحابة
ويمكن ان يكون ذلك امر ندب لما هو انفع لهم في الدنيا والاخرة،
فتزوج اهل الصلاح وعن ابي حاتم المزني قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم اذا اتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه الا تفعلوه
تكن فتنة في الارض وفساد كبير الحديث رواه الترمذي وعن عايشة
رضي الله عنها ان ابا حذيفة بن عتبة بن ربيعة ممن شهد بدرا
مع النبي عليه السلام تبنى سالما وانكحه ابنة اخيه الوليد
بن عتبة بن ربيعة وكان سالم مولى لامراة من الانصار رواه
البخاري والنسائي وابو داود وكانت اخت عبد الرحمن بن عوف
تحت بلال رواه الدارقطني وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة
بنت قيس انكحي اسامة بن زيد مولاه بامره صلى الله عليه وسلم متفق عليه
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى
والله تعالى اعلم بالصواب وانشدوا

الا انما التقوى هي العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم
وليس على عبد تقي نقيصة اذا حقق التقوى ولو حاك او حجم

وحجة الايمة الثلاثة في اشتراط الكفاءة وصحة النكاح بعدمها عند
التراضي **قوله** عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن
الا من الاكفاء رواه الدارقطني والبيهقي قال عمر بن عبد البر هذا
ضعيف لا اصل له ولا يحتج بمثله قال والصحيح انها ليست بشرط
بل هي معتبرة في الجملة وعن عمر رضي الله عنه قال لامنعن فروج
ذوات الاحساب الا من الاكفاء رواه الدارقطني والخلال وعن سلمان
انتم معشر العرب لا نتقدم في صلاتكم ولا ننكح نساءكم ان الله فضلكم علينا
بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ذكره في المغني ولان انتظام المصالح
انما تتحقق بين المتكافيين عادة لان الشريفة تابى ان تكون تحت الخسيس
مستفرسة له فلا بد من اعتبار الكفاءة قال بخلاف جانبها لان الزوج

مستفرش فلا يضره دناءة الفراش ولا يعتبر بها وفي المحيط الكفاءة من جانب
النساء غير معتبرة عند ابي حنيفة قلت وهو الصحيح من مذهب الشا
فعي وابن حنبل وعندهما معتبرة استحسانا نص عليه محمد في الجامع
الصغير وفي البدايع ومن المشايخ من قال انها معتبرة عندهما
لاجل مسئلة الجامع الصغير قال ولا دلالة فيها لان من اصلهما ان المطلق
يتقيد بالمتعارف وليس في العرف تزوج الامراء بالاما وقد نص
محمد على القياس والاستحسان في المسئلة التي ذكرها في وكالة
الاصل فلم تكن هذه المسئلة دليلا على اعتبار الكفاءة من الجانبين وفي
الذخيرة وروى هشام عن ابي يوسف انه لو تزوج امراة على انها
قرشية وظهرت نبطية فله الخيار عنده وعند ابي حنيفة لا خيار
له وفي المرغينا في الكفاءة في النساء غير معتبرة عنده وعندهما
معتبرة ويروى غير معتبرة حتى لم يكن لاوليايه الاعتراض على الامير
اذا تزوج وضيعة وفي المفيد والمزيد غير معتبرة في ظاهر الرواية
وما يعتبر عندهما والكرخي رحمه الله يقول الكفاءة غير معتبرة
فيما هو اهم من النكاح وهو الدما فلان لا يعتبر في النكاح كان اولى
ونمسك ايضا ببعض ما ذكرنا من الاثار لكن هذا غير لازم لان الكفاءة
لا تعتبر في الدين في باب الدما حتى يقتل المسلم بالذمي عندنا ولا
كذلك في النكاح وقوله عليه السلام ليس لعربي على عجمي فضل الا
بالتقوى اي في الاخرة والا ففي الدنيا ثابت فضل العربي على العجمي
بالاجماع ولا التفات الى الشعوبية بضم الشين المعجمة وهم الذين
يفضلون العجم على العرب وقياسه على القصاص فاسد لانه شرع
لمصلحة بقا الحياة فلو لم يقتل الشريف بالوضيع فاتت مصلحة الحياة
والكفاءة في النكاح خلافه اذ بقاؤهما يفوت بقا النكاح قوله
ثم الكفاءة تعتبر في النسب وفي المبسوط الكفاءة تعتبر في خمسة
اشيا النسب والحرية والمال والحرفة والحسب وفي المرغيناني
تعتبر في ستة اشيا في النسب والحرية والمال والاسلام والعقل
والتقوى وفي المنهاج عند الشافعي تعتبر الكفاءة في سلامة العيوب
التي يرد بها والنسب والحرية والحرفة والعفة وهي خمس ومثله
عن ابن حنبل وعنه الدين والمنصب اما النسب فقال بعضهم اكفا

لبعض لما روي عنه عليه السلام انه قال قريش بعضهم اكفا لبعض بطن
ببطن والعرب بعضهم اكفا لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم
اكفا لبعض رجل برجل انما ذكرته بصفة التمريض لاني لم اجده في
كتب الحديث وانما ذكر في كتب الفقه فلهذا لم اجزم به وانما قال
في الموالي رجل برجل لان النسب لا يعتبر عندهم لانهم ضيعوا انسابهم
ولا يفتخرون بها ولا يعتبر النسب في حقهم من قبيلة ولا بطن ولا فخذ
وانما يفتخرون بالاسلام والحرية وتسمى العجم موالي لان بلادهم فتحت
بايدي العرب وللعرب استرقاقهم فاذا تركوهم احرارا فكانهم
اعتقوهم والموالي هم المعتقون وقيل سموا بذلك لنصرتهم للعرب
لانهم تبع لهم في القتال والاتباع يقاتلون بين يدي السادات
لنصرتهم والمولى هو الناصر وفي البيهقي عن ابن عمر عن النبي صلى
عليه وسلم العرب بعضها اكفا لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل
والموالي بعضها اكفا لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل الا حايكا
او حجاما وعن محمد بن علي عنه عليه السلام انه اختار من العرب قريشا
واختار منهم بني هاشم واختارني من بني هاشم مرسل وعنه صلى الله
عليه وسلم العرب للعرب اكفا والموالي اكفا للموالي والاصح من
مذهب الشافعي اعتبار نسب العجم كالعرب والعجمي ليس كفوا العربية
والعربي غير القرشي فهو غير كفو القرشية وفي البدايع وقريش
كفو لجميع العرب كالهاشمي والمطلبي والنوفلي والاموي والعبشمي
والزهري والتيمي والعدوي وحاصله ان هاشما وعبد شمس
والمطلب ونوفلا هم اولاد عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب
فالاربعة اولاد جد جد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعثمان رضي الله
عنه اموي منسوب الى امية بن عبد شمس بن عبد مناف وابو بكر
الصديق رضي الله عنه تيمي منسوب الى تيم بن مرة بن كعب وعمر
رضي الله عنه ينسب الى عدي بن كعب بن لوي بن غالب وهؤلا سادات
قريش بعضهم اكفا لبعض لصلاحية كل منهم للخلافة بخلاف العرب
غير قريش ليست كفوا لقريش لعدم مساواتهم لقريش لانهم لا يصلحون
للخلافة وفي المغني عن ابن عباس قريش بعضهم اكفا لبعض ويدل على صحة
مذهبنا ان عمر بن الخطاب خطب ام كلثوم بنت علي ابن ابي طالب بنت

رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي هاشمية وعمر رضي الله عنه عدوي وقريش يجمعهما فقال له علي رضي الله عنهما انها صغيرة فقال له عمر زوجنيها يا ابا الحسن فاني ارصد من كرامتها ما لا يرصده احد فقال له علي انا ابعثها اليك فان رضيتها فقد زوجتكها فبعثها اليه ببرد وقال قولي له هذا البرد الذي قلت لك فتزوجها على مهر اربعين الفا فولدت له زيد بن عمر الاكبر ورقية بنت عمر رضي الله عنهم ولا ريب في عدم بلوغها اذ لو كانت بالغة ما قال علي انها صغيرة ولا ذهبت هي الى عمر وهي بالغة ولا اخرجت وحدها من خدرها ولا قال علي انا ابعثها اليك فان رضيتها يعني لاجل صغرها وعند الشافعي تزويج الاب للصغيرة من غير كفو لا يصح وهو باطل في الاظهر وفي الاخر لها الخيار اذا بلغت ولم ينقل ولا خيار في ذلك ولا توجه لاحد منهما فدل على ثبوت الكفاءة وهذا ذكره ابو عمر بن عبد البر النمري حافظ المغرب في الاستيعاب وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن علي وهي هاشمية وتزوج المصعب ابن الزبير سكينة بنت الحسين اخت فاطمة ذكر ذلك كله في المغني ولم يذكر بينهم اسقاط الكفاءة والرضى بعدم الكفاءة وفي المبسوط افضل الناس نسبا بنو هاشم ثم قريش ثم العرب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله اختار من الناس العرب واختار من العرب قريشا ومن قريش بني هاشم واختارني من بني هاشم ولا فخر اراد عليه السلام اظهار منة الله تعالى على نفسه بذلك دون الافتخار والتكبر واعلام امته بذلك قال وبعد خلفاء قريش بنو هاشم وان كان بنو هاشم افضل ولا يعتبر هذا القدر من التفاوت في الفضل كما لا يعتبر التفاوت في العلم والتجارة قال وقد زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنته من عثمان وكان اموياً عبشمياً لا هاشمياً وقالت الشعوبية العجم افضل من العرب وهم قوم من العجم يصغرون شأن العرب وينسبوا الى الشعوب جمع شعب بفتح الشين في المفرد وضمها في الجمع وهو الجد الاعلى منه يتشعب القبائل ثم العمائر ثم البطون ثم الافخاذ ثم الفصيلة ثم العشيرة ويأتي ذلك في الوصايا مستوفا ان شاء الله تعالى ونظيره في النسبة الى الجمع في ابناء فارس وقيل غلب ذلك على جيل من العجم حتى قيل لمحتقر امر العرب

شعوبي وان لم يكن منهم كالنصارى وقيل جاز ذلك لانه لم يرد به معنى الجمع بل اريد به لفظة شعوب فلم يكن نسبا الى الجمع سموا بذلك لتعلقهم بقوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقيل ان منهم ابا عبيدة معمر بن المثنى وله كتاب في مثالب العرب ولابن غرسية رسالة في ذم العرب وتفضيل العجم عليها ويقال هي لابن سيده صاحب المحكم وعن محمد اذا كانت المرأة من بيت مشهور في قريش كبيت الخلافة لا يكون غيره من بيت قريش كفوا لها قاله تعظيما للخلافة وتعظيما وتسكينا للفتنة وفي خزانة الاكمل وقريش بعضهم اكفاء لبعض الا اهل بيت معروف وبنو باهلة ليسوا اكفاء لغيرهم من العرب لانهم يعرفون بالخساسة والدناءة هذا في المبسوط كما ذكره في الكتاب والظاهر انه نقله منه وروي ان رجلا قال يا رسول الله ايتكافأ دماؤنا قال نعم لو قتلت رجلا من باهلة لقتلتك به والله تعالى اعلم بالصواب وانشد

ولو قيل للكلب يا باهلي عوى الكلب من لؤم هذا النسب

وفيه والكفاءة معتبرة من حيث النسب وقال الثوري لا تعتبر قيل لانه كان من العرب فتواضع ورأى ان الموالي اكفاء له وابو حنيفة رحمة الله عليه كان من الموالي فتواضع ولم ير نفسه كفوا للعرب واما الحرية فالعبد لا يكون كفوا للحرة عند كل من يشترط الكفاءة وفي المبسوط والمعتق لا يكون كفوا للحرة الاصل والمعتق ابوه لا يكون كفوا لامرأة لها ابوان في الحرية ومثله في المحيط ومن له ابوان في الحرية فهو كفو لمن كان له اباء فيها والمعتق كفو لمثله وموالي العرب اكفاء لموالي قريش لقوله صلى الله عليه وسلم الموالي بعضهم اكفاء لبعض ذكره في البدائع وكذا في الاسبيجابي ومولى العرب لا يكون كفوا لمولاة الهاشمي واما الاسلام فمن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب وجد في الاسلام ومن له اب وجد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام ومن له ابوان في الاسلام كان كفوا لمن له اباء في الاسلام وهكذا في البدائع والاسبيجابي وقيل هذا في موضع طال عهد الاسلام فيه وامتد اما اذا كان في مكان عهد الاسلام فيه قريب بحيث لا يعيبون به ولا يعد عيبا وعارا ولا يلحق الشين والنقيصة فيه بذلك فلا تعتبر

قال علي البزدوي الفقيه كفو للعلوية وكذا الرجل يعتق المراة فهو كفو
لها لان في كل واحد نقصًا فعلى هذا العالم العجمي كفو للعربي الجاهل وكذا
الفقيه الفقير كفو للغني الجاهل وقال الحسيب كفو للنسيب حتى ان
الفقيه يكون كفوا للعلوية ذكره قاضيخان والعتابي في جوامع الفقه
وفي الينابيع والعالم كفو للعربية والعلوية والاصح انه لا يكون كفوا
للعلوية وفي المغني ان من اعتق او اسلم فهو كفو لمن له ابوان في الاسلام
والحرية عند ابن حنبل واحتج بان الصحابة رضي الله عنهم اكثرهم اسلموا
وكانوا افضل الامة قلت لا حجة له فيه لانه لم يكن احد في زمانهم اعلى
درجة منهم في الاسلام فكانوا افضل الخلق بالخصال التي اجتمعت
فيهم ولان الناس يعيرون بالمعتق وبمن اسلم بنفسه لان الرذائل
الكفر وكذا من اسلم بنفسه لسبق الكفر فيه وليس هو كمسلم ابن مسلم
بين الناس وقد يكون خيرا منه عند الله تعالى لان الاسلام يجب ما قبله
قال ولا يقال انهم غير اكفا للتابعين والله اعلم قلت انما لا يقال ذلك
لترك الادب معهم ولما فيهم من خصال الكمال التي لا توجد فيمن بعدهم
وعن ابي يوسف رحمه الله ان من اسلم بنفسه واعتق وجاز من الفضايل
ما يقابل نسب الاخر وحرية ابايه كان كفوا له وعند الشافعي
رضي الله عنه الاصح ان بعض الخصال لا تقابل ببعض ذكره في المنهاج
وفي جوامع الفقه لو كان جده معتقا او كان كافرا اسلم لا يكون
كفو الامراة مهاجرة الاصل وابوها معتق وقيل لا رواية لهذه
المسلة وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف
يعني انه يكتفي في الغايب بذكر الاب ولا يحتاج الى ذكر الجد عنده
والله اعلم قلت هذا اذا كان في بلد صغير لا يشاركه احد في ابيه اما
لو كان هناك من يشاركه في اسمه واسم ابيه وجده لا يكتفي بذلك حتى
يذكر ما يميزه عنه وفي المبسوط عن ابي يوسف رحمه الله الاكتفا بالاب
والصحيح ظاهر الرواية فالمذكور عنه في الكتاب رواية واما الدين
اي الديانة والتقوى والورع فانها معتبرة عند ابي حنيفة وابي
يوسف ومالك والشافعي وابن حنبل رحمهم الله وبنات الصالحين
لا يكافيها الفاسق اذ التفاخر بذلك احق المفاخر واولى الماثر ذكره
في المحيط والبدايع قال محمد ذلك من امور الاخرة فلا يعتبر حكم دنيوي به

الا

الا ان يكون فاحشا بصفع ويضحك عليه ويسخر به وفي البدايع عن ابي يوسف
رحمه الله ان كان فاسقا معلنا بالفسق لا يكون كفوا وان كان مستترا به
يكون كفوا وقال محمد او يخرج سكران وتعبث به الصبيان وفي الحاوي
ذكر شيخ الاسلام ان الفاسق لا يكون كفوا للعدل عند ابي حنيفة رحمه
الله وان لم يكن معلن الفسق وقال شمس الايمة السرخسي والصحيح
ان التقوى والحسب غير معتبرة في الكفاة عند ابي حنيفة
رحمه الله وعند ابي يوسف رضي الله عنه اعتبار الكفاة في الحسب
دون التقوى وفسر الحسب بمكارم الاخلاق ومن يسكر ويعربد
فلا يسكن في الموضع الذي يسكر فيه ويستهزا به لا يكون كفوا
الامراة صالحة من اهل البيوتات ذكره الحلواني عن ابي يوسف
وقال السرخسي وقول محمد يوافقه وعليه الفتوى وفي
المحيط عن ابي يوسف اذا كان الفاسق ذا مروة فهو كفو لها
وانما يريد اعوان الظلمة واما المال فالكفاة فيه معتبرة
في ظاهر الرواية ذكره في المحيط والذخيرة والبدايع وفي المغني
قال عليه السلام احساب الناس في هذه الدنيا هذا المال
وقال الحسب المال وقال واما معاوية فصعلوك لا مال له والله
اعلم والحديثان الاولان رواهما البيهقي والثالث مسلم وفي رواية
الحسن بن زياد عن ابي يوسف لا يعتبر ثم في ظاهر الرواية المعتبر
فيه القدرة على المهر والنفقة وان كانت هي ذات اموال كثيرة
فايقة في الغنى هو الصحيح من المذهب ذكره في الذخيرة وفي
المحيط وفي رواية الحسن عن ابي يوسف ان كان يملك النفقة دون
المهر يكون كفوا وهكذا في البدايع وعن ابي حنيفة ان ملك النفقة
لا يكون كفوا للفايقة في الغنى وفي البدايع في غير رواية الاصول
تساويهما في الغنى شرط الكفاة عند ابي حنيفة ومحمد وليس
بصحيح وفي المحيط قال ابو يوسف ان كان يقدر على ايفا المعجل البد
وعلى ان يكسب ما ينفق عليها يوما بيوم فهو كفو لها لان المال
غاد ورايح فلا يعتبر والغادي الذاهب من اول النهار الى الزوال
والرايح من الزوال الى اخر النهار والمراد بهما هنا مطلق الذهاب
ولم يذكر في الاصل الا القدرة على المهر والنفقة تتناول الكسوة

لانهما ما ينفق والمراد بالمهر معجله في العرف والعادة دون ما في
الذمة وقيل ان الرجل اذا جاه كالسلطان والعالم فهو كفو وان لم
يملك الا النفقة وفي الذخيرة ان قدر على نفقتها بالتكسب ولم
يقدر على المهر اختلفوا فيه واكثرهم انه لا يكون كفوا وذكر
هشام عن ابي يوسف انه يكون كفوا وهكذا روي عن محمد وفي
المنتقى عن محمد اذا كان الرجل يقدر على المهر والنفقة لستة
اشهر فهو كفو ولم يذكر القياس وفي المبسوط والمراد من المهر
ما تعارفوا تعجيله وما عداه مؤجل عرفا فلا يشترط القدرة عليه
في الكفاءة وان كان لا وفيه ايضا عن ابي يوسف اذا كان يكتسب
كل يوم ما ينفق عليها مع القدرة على المعجل فهو كفو لها وهو
الصحيح وفي الذخيرة اذا كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه
فهو كفو ولو كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع فهو كفو وان
لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها فيكتفى بالقدرة على المهر
واليه اشار ابن رستم في نوادره وفي فتاوى اهل سمرقند زوج
اخته الصغيرة من صبي فقبل عنه ابوه ولا يقدر على المهر وابوه
غني جاز وان لم يقدر الصبي على المهر والنفقة وابوه غني منهم
من جعله كفوا لها لانه يعد غنيا بغنى ابيه ولم يفصل بين المهر
والنفقة قال في الذخيرة وهو الاشبه الى ومن له الف وعليه الف
دين فهو كفو اذا تزوجها على الف لانه يودي الدين ثم
بالالف وفي منية المفتي من لم يملك النفقة لا يكون كفوا موسرة
كانت المراة او معسرة وفي جوامع الفقه ولد الغني ان قدر على
المهر دون النفقة وعلى عكسه فهو كفو لان ولد الغني كفو
للغنية اذ يعد غنيا بغنى ابيه وفي الحاوي سئل ابو نصر الدبوسي
عن ولي غير الاب والجد زوج صغيرة من غير كفو يعني من لا يقدر
على المهر والنفقة قال لم يصح النكاح وبه كان يفتي ابو بكر العياضي
وغيره وقال بعض اصحابنا يجوز النكاح والاول اصح وفي خزانة
الاكمل زوج ابنة اخيه وهي موسرة والزوج فقير فلا يمهلها ان
تفرق بينهما اذا لم يقدر على المهر والنفقة وفي المنهاج للنواوي
الاصح ان اليسار لا يعتبر واما الصنايع والحرف فالكفاءة فيها

معتبرة

معتبرة عندهما وعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان وعن ابي يوسف
انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحايك والحجام والدباغ والكناس والحلاق
وفي الينابيع يعتبر عند ابي يوسف وعندهما لا يعتبر وفي الجامع
الصغير يعتبر عندهما وعند ابي يوسف لا يعتبر الا ان يفحش كالحايك
الى اخره والاكثر على الاول وفي المحيط وكذا الكفاءة في الحرفة وقال
ابو يوسف لا يعتبر الا ان يفحش كالحايك والحجام والدباغ والكناس
فانه لا يكون كفوا لابنة عطار وبزاز وتاجر وصيرفي وجوهري
وقايل يقول ابي هريرة رضي الله عنه ان الناس بعضهم اكفا لبعض الا
الحايك والحجام وفي رواية والدباغ وقال مشايخنا ورابعهم الكناس
فواحد من هولاء الاربعة لا يكون كفوا للصيرفي والجوهري والاربعة
بعضهم اكفا لبعض والصفار كفو للحداد والعطار كفو للبزاز وقال
الحلواني وعليه الفتوى ذكره في الذخيرة وذكر القاضي اعتبار الكفاءة
في الحرف في شرح مختصر الطحاوي ولم يذكر الخلاف وذكر الكرخي ان الكفاءة
معتبرة عند ابي يوسف وابو حنيفة لم يعتبرها وبنى الامر على عادة
العرب ان مواليهم يعملون هذه الاعمال ولا يقصدون بها الحرف
وابو يوسف اجاب على عادة اهل البلاد انهم يتخذون ذلك حرفة
ويعيرون بالدني منها ولا يكون بينهما خلاف وقال القاضي في
شرح مختصر الطحاوي ان اتحدت الحرفة او اختلفت وتقاربت ثبتت
الكفاءة بينهما كالبزاز مع الصايغ والصايغ مع العطار والجوهري
والحايك مع الحجام والحجام مع الدباغ والحلاق والكناس ولا يثبت
مع عدم التقارب كالبيطار مع العطار والجزار مع البزاز وفي
الذخيرة روى ابراهيم عن محمد ان من كان له اب واحد في الاسلام
وله فضل ودين فهو كفو لمن له ابوان في الاسلام وكذا في الحرية
وروى المعلى عن ابي يوسف ان من اسلم على يد انسان لا يكون كفوا
لمولى العتاقة وذكر ابن سماعة عنه ان من اسلم على يد رجل فهو كفو
للمعتقة وفي شرح الطحاوي ان معتق اشرف القوم يكون كفوا للموالي
لان له شرف الولاء ولهم شرف اسلام الاباء ومولى الوضيع لا يكون كفوا
لمولاة اشرف القوم حتى ان معتق العربي لا يكون كفوا لمعتق الهاشمي
وقد تقدم بعض هذه المسايل وفي الحاوي القروي كفو للمدني والعالم

كفو للعلوية وعند الشافعي صاحب الحرفة الدنية ليس كفوا الارفع
فالكناس والحجام والدباغ والحارس والسايس والراعي والقيم اي البلان
في الحمام ليس كفوا لبنت الخياط ولا الخياط لبنت البزاز والتاجر ولا هما
لبنت عالم وقاض وفي المغني كالحايك والحجام والحارس والكساح والدباغ
والقيم والحمامي والزبال وفي الحديث العرب بعضهم اكفا لبعض الا
حايكا او حجاما قيل لابن حنبل كيف تاخذ به وانت تضعفه قال العمل
عليه وفي التفسير قيل الاراذل لون هم الحاكة والرذاله والبدنه المنبثه
والله تعالى اعلم **فرع** من جنس ما تقدم في قنية المنيه رجل ارتد
والعياذ بالله ثم اسلم فهو كفو لمن لم يجر عليه ردة والحايك ليس بكفو
لبنت الدهقان وان كانت معسرة وقيل هو كفو واما الكفاة في العقل
فقد قال في المحيط والمبسوط لا رواية فيها وفيه عن المتقدمين من
اصحابنا ثم قيل لا يعتبر لانه نوع مرض فيعتبر بساير الامراض وقيل
يعتبر فلا يكون المجنون كفوا للعاقلة لان المجنون يفوت مقاصد النكاح
فهو اشد من الفقر ودناة الحرفة قلت هذا هو الحق الذي يتعين القول
به وفي المرغيناني لا يكون المجنون كفوا للعاقلة وعند بقية الايمة
هو من العيوب التي يفسخ النكاح بها عندهم **مسيله** ذكرها
في المبسوط والتحفة مكانها قبله ان الكفاة في الحرف لا تعتبر عند
ابي حنيفة في اظهر الروايتين عنه حتى يكون البيطار كفوا للعطار
لانه يمكنه الانتقال من حرفة الى حرفة وعنه ان الموالي بعضهم اكفا
لبعض الا الحايك والحجام وعن ابي يوسف يعتبر الكفاة فيها وهو اظهر
الروايتين عن محمد ثم قيل هو اختلاف عصر وزمان فكان في زمن ابي
حنيفة لا يعدوا الدناه في الحرف منقصة لانهم لم يكونوا ينظرون
الا الى التقوى وفي التحفه ابو يوسف اجاب على عادة العجم لانهم اتخذوا
هذه الصنايع حرفة ويعيرون بالدني منها فلم يكن بينهما خلاف
ففي بلد يكون عادتهم التعيير والتفاخر في الحرف يعتبر فيه الكفاة
بالاتفاق **مه** تزوج امراة وغير اسمه ونسبه فعلمت ان المكتوم اشرف فلا
خيار لها لعدم الضرر وعن ابي يوسف لها الخيار لان الزوج يتشرف
به عليها ولم ترض به وفي البدايع والذخيره جعله قول ابي يوسف
وكذا في المجرد وكذا روي عن ابي حنيفة قال قاضيخان لا وجه لهذا

وان

وان كان ادون من الظاهر وهو كفو لها فلها الخيار دون اوليايها
قال في الذخيره عند علماينا الثلاثة وان لم يكن كفوا لها الخيار لها ولا
لاوليايها وان كان الكتمان من جانبها فلا خيار له ولو زوجها باذنها
من زوج ولم يعلم اكفو هو ام لا فظهر عبدا ماذونا له في النكاح فلا
خيار لها ولو اخبر الزوج انه حر وباقي المسلة بحالها فلها الخيار
وهذا ايد لك على ان المراة اذا زوجت نفسها ولم تشترط الكفاة ولم
تعلم انه كفو ام لا فلا خيار لها اذا ظهر غير كفو وكذا الاوليا اذا
زوجوها كذلك ولم يعلموا عدم الكفاه ثم علموا اما اذا اشترطوا
الكفاة او اخبرتها ثم ظهر غير كفو فلها الخيار وفي منية المفتي
زوجت نفسها او ولي من غير شرط الكفاة فظهر غير كفو فلا خيار
لها ولا له وان شرطت الكفاة فظهر غير كفو فلهم الخيار وفي المرغيناني
ولو زوجها الولي برضاها ولم يعلم انه غير كفو ثم علم فلا خيار لها ولا
للولي نص عليه في اخر باب الكفاه من الاصل وفي المبسوط في مسلة الكتمان
المتقدمه للشافعي ثلثة اقوال قول كقولنا وقول كقول زفر انه
لا خيار لها وقول ان النكاح باطل لانه غير ذلك الرجل قلت الاقاويل
جمع اقوال ولا يصدق على اقل من تسعة اقوال فجعل الاقاويل ثلثه اقوال
غير ظاهر الصحة قال شمس الايمة السرخسي لكنا نقول الاشارة والتسميه
اذا اجتمعتا فالعبرة للاشارة دون التسمية والله اعلم قلت اذا كان المشار
اليه من جنس المسمى وهنا كذلك قال وبهذا ونحوه يستدل على قلة
فقهه فان مثل هذا الجواب لا يعجز عنه غير الفقيه ومن سيل عن
طريق فقال اما من هذا الجانب او من هذا الجانب يشير الى الجوانب
الاربعة يعلم انه لا علم له بالطريق اصلا قلت قد تحامل عليه في هذه
المسلة وفقهه رحمه الله لا ينكر وفي المرغيناني الساكريه لا يكون
كفوا لاحد الا لامثالهم وهم الذين يتبعون هولا المسوفين هكذا
قاله الحلواني ولا يفسخ النكاح بزوال الكفاة اذا كان كفوا عند
العقد ويعتبر عند العقد لا بعده وهذا اجماع وفي جوامع الفقه
لو قال انا فلان ابن فلان ثم ظهر انه اخوه او عمه ثبت لها حق الفسخ
فان زوجها الولي بامرها ثم ظهر عبدا فلا خيار لها وقد ذكرنا التاسه
قبل هذا وفي الحاوي صغيرة زوجها ابوها اله مطالبة الزوج بمهرها

وهي صغيرة وليس المهر كالنفقة وفي الجامع الاصغر زفت الصغيرة
الى منزل زوجها قبل اخذ تمام مهرها قال ابو نصر ابن ابي سلام من كان
احق بامساكها قبل التزوج فهو احق بامساكها عن الزفاف حتى توخذ
مهرها والوصي هو الذي ياخذه **مسئلة** امتنع الاب من تزويج
الصغيرة لا تنتقل الولاية الى الجد بل يزوجها القاضي وان لم يمتنع
فزوجها القاضي لم يجز ذكره في نوادر ابن رستم وذكر في نوادر ابي
يوسف انه يزوجها القاضي ولا يلتفت اليه ذكره في الروضة قلت
لو حضر الولي والقاضي للصلاة على الجنازة يصلي الولي دون القاضي
عنده فيحتاج الى الفرق وعندهما يصلي القاضي اهـ وفي الحاوي صغيرة
زوجها القاضي ولها ابن عم حاضر لا يصح لقوله صلى الله عليه وسلم
السلطان ولي من لا ولي له ولم احك فيه خلافا وقال هلال في وقفه
اذا شرط الواقف النظر والولاية لنفسه فانه ليس للسلطان ولا
للقاضي ان يدخل عليه في ذلك احدا الا ان لا يصلح لذلك فكان الشرط
باطلا فينزع القاضي الوقف من يده ويولي غيره وقد ذكرنا بعض
هذه المسائل قبل هذا اهـ وفي الحاوي لو رضي الولي ثم طلقها طلقة
رجعية ثم راجعها لم يكن للولي اعتراض بخلاف البائن ولو قبض المهر
وجهز اهـ وفي المرغيناني وجهز به فهذا منه رضى وان لم يجهزها
به اختلفوا فيه والصحيح انه رضى تسليم وان خاصمه في النفقة
وتقديرها عليه بوكالة من غير قبض فهو رضى وتسليم استحسانا
هذا اذا كان عدم الكفاءة ثابتة عند القاضي قبل مخاصمة الولي اياه
اما اذا لم يكن ثابتا عنده قبلها لا يكون رضى بالنكاح قياسا واستحسانا
وفي المنتقى عن ابن سماعة عن محمد في امراة تحت غير كفو خاصمها اخوها
في ذلك وابوها غائب غيبة منقطعة او غيره ممن هو اقرب منه
فادعى الزوج رضى الولي الاقرب ان اقام البينة بذلك والا فرق بينهما
ويقبل بينته عليه لانه خصم وفي المرغيناني ابن العم يفسخ النكاح
وان لم يكن محرما وفي الولوالجي اهـ زوجت نفسها من غير كفو لها ان
تمنع نفسها من الزوج حتى يرضى به وليها اختاره ابو الليث
قال وهو خلاف ظاهر الجواب وفي الشامل سكوت الولي لا يسقط حقه
وان طالت مدته وتفريق القاضي لعدم الكفاءة فسخ ولا ينفرد

من

من له حق الفسخ به والرضى في العقد الاول لا يكون رضى كالشفيع اذا
سلم في البيع الاول ثم بيع ثانيا ياخذه بالشفعة في الثاني وفي المغني
لابن قدامة قال احمد ابن حنبل لا تزوج الجهمي ولا الواقفي واذا زوج
اخته من هؤلاء اللفظية وقد كتب الحديث فهذا اشر من الجهمي يفرق
بينهما **قوله** واذا تزوجت المراة ونقصت من مهرها فلاوليائها
الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى يتم لها مهر
مثلها او يفارقها وقال ابو يوسف ومحمد ليس لهم ذلك وقال
صاحب الكتاب انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه
في النكاح بغير ولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه وفي
الذخيرة صح رجوع محمد ايضا الى قولهما قال ذكر في كتاب الحيل لو
قصرت في مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها حتى يتم مهر مثلها
او يفارقها بتفريق القاضي واذا فرق بينهما لا يجب لها الا المسمى
وعلى قول ابي يوسف ليس لهم حق والنكاح جائز وعلى قول محمد انما ياتي
هذا فيما اذا اكرهه السلطان رجلا ليزوج وليته كفوا باقل من
مهر المثل برضاها ثم زال الاكراه فللولي حق الاعتراض على الزوج
حتى يتم مهرها او يفرق القاضي بينهما وعلى قولهما لا حق له في
ذلك لان النكاح صدر من الولي الا انه لم يوجد منه الرضى بنقصان
المهر فكان له الاعتراض عليه عند ابي حنيفة خلافا لهما وكذا
لو كانت المراة مكرهة ثم زال فعنده حق الخصومة لها فان كانت
زوجت نفسها بالف ومهر مثلها الفان ولم تعلم الاولياء بذلك
حتى ماتت فليس لهم مطالبة الزوج بكمال المهر لان حقهم في
احد شيئين اما كمال مهر مثلها او التفريق فلو اثبتناه لهم
التكميل بعد موتها لكان حقها في شيئين فلو طلقها الزوج
ثلاثا قبل اجازة الولي فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف اخرا لا
تحل له ان يتزوجها قبل التزوج بزوج اخر وهو قول محمد
المرجوع اليه وعلى قوله الاول يكره ولا يحرم وفي الجامع الصغير
لقاضيخان هذه المسئلة تستقيم على قول ابي يوسف في اصح
الروايتين عنه وعن محمد لا يجوز تزويجها نفسها بغير اذن
الولي وحملها بعض المشايخ على اكراه الولي وبعضهم قال لا حاجة

الي هذا التكليف بل هو محمول علي رجوع محمد الي قولهما في مسئلة النكاح بغير
ولي، وفي المحيط يتصور المسله عند محمد فيما اذا اكره الولي والمراة علي
النكاح باقل من مهر المثل فرضيت المراة ليس للولي الا ان يرضي به وكذا
اذا زوجت نفسها باذن الولي لها في النكاح من غير ذكر المهر لها
اقل من مهر المثل ولو طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمي وفي
المبسوط مثله، وفي البدايع اذا زوجت نفسها بغير اذن الولي ونقصت
من مهرها نقصا لا يتغابن في مثله فهذا يتفرع علي اصل ابي حنيفة وزفر
واحد الروايتين عن ابي يوسف فانه يشكل التفريع عليها فيتصور
المسئلة فيما اذا اذن لها في التزوج فزوجت نفسها من غير كفو ونقصت
من مهرها قال وذكر في الاصل صورة اخري وهي صورة اكراه الولي والمراة
علي التزويج من غير كفو ونقص المهر عن مهر المثل وقد تقدم ذلك
وقوله انما يصح علي قول محمد علي اعتبار قوله المرجوع اليه وهذه
شهادة صادقة عليه فيه نظر مع ما ذكرنا من صور الامكان من غير
رجوع الجمهور ان ما زاد علي العشرة عندنا والمهر مطلقا عند غيرنا
لانه عوض بضعها حتي لو زوجت علي مهر او وطيت بشبهة كان المهر
والعقر لها دون الاوليا ومن اسقط حقه من غير حجر لا يعترض عليه
كما لو ابراته بعد العقد من صداقها ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان الاوليا يفتخرون بغلا المهور ويتعيرون بنقصانه وقلته
فكان بمنزلة الكفاة اذ مهور مثلهن عند تقادم العهد بعشيرتها
فكان النقص ملحقا الضرر بالقبيلة جمعا فلهم دفع هذا الضرر
عنهم باحد امرين اما بالتكميل او التفريق بخلاف الابرا بعد العقد
علي مهر المثل لانه لا يعتبر فيه بعده بل هو من باب الكرم ومكارم
الاخلاق **قوله** ولو زوج الاب ابنته الصغيره ونقص من
مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما
ولا يجوز ذلك بغير الاب والجد وهذا قول ابي حنيفة وبه قال
مالك وابن حنبل في الاب وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يجوز
فيهما الا بمهر المثل ويكمل النقص ويسقط الزيادة وهذا قول
الشافعي وكذا قول الظاهرية واما عندهما فقد قال في الكتاب
ان العقد لا يجوز لعدم النظر وفي المبسوط قال بعض اصحابنا النكاح

صحيح

صحيح عندهما ايضا ويجب مهر المثل لان فساد التسمية لا يوجب بطلان النكاح
كما لو لم يسم شيا او سمي ما ليس بمال كالخمر والخنزير والاصح ما ذكر في الكتاب
ان لا نظر في هذا العقد عندهما فلم ينعقد، وفي الذخيرة اذا زاد الاب
والجد علي مهر المثل بفاحش الغبن لما لا يجوز ولم يبين في الاصل فروي
الحسن عن ابي يوسف النكاح جايز والتسمية باطلة وذكر هشام عن محمد
ان النكاح جايز، وفي الجامع الصغير لا يجوز النكاح حتي لو اجازه بعد
البلوغ لا يجوز، وفي المحيط لو كان الاب والجد عرفا بالمجانه والفسق
في التزويج من غير الكفو ونقص المهر كان عقدهما باطلا بالاتفاق وفي
شرح الارشاد لم يكن لاربع الماية مهر مثل فاطمه لانها كانت من العرب
وهم افضل العرب ثم كانت من بني هاشم وهم افضل قريش ثم كانت بنت رسول
الله صلي الله عليه وسلم سيد الاولين والاخرين ثم كانت بنت خديجة سيدة
نسا العالمين فلو كان مهر مثلها مع ما حوت من هذه الفضايل لم يكن
في الدنيا مهر يبلغ اربع مايه درهم، وفي المبسوط تزوج رسول الله صلي
الله عليه وسلم عايشه رضي الله عنها وعن ابيها علي خمس مايه درهم زوجها
ابوها، وزوج رسول الله صلي الله عليه وسلم فاطمة من علي كرم الله وجهه
علي اربعمايه درهم وعند منها اربعمايه درهم رواه البيهقي ومعلوم
ان ذلك لم يكن مهر مثلهما الا انه لو كان ذلك مهر مثلهما مع انهما مجمع
الفضايل ولا صداق في الدنيا يزيد علي ذلك، وعن عايشة رضي الله عنها
انها قالت كان صداق نسا رسول الله صلي الله عليه وسلم اثنتي عشر
اوقيه قال مجاهد الاوقيه اربعون درهما والنش عشرون درهما
نصف اوقيه والنواه خمس دراهم رواه مسلم وذكر ابن المنذر في
الاشراف وخطب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الناس الا لا تغالوا في صداق النسا
فما اصدق رسول الله صلي الله عليه وسلم احدا من نسايه ولا احدا
من بناته اكثر من اثني عشر اوقيه وكان ذلك بمحضر من الصحابة
اصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم ولم ينكروه فكان اجماعا منهم
علي انه ان زوج بذلك وان كان دون صداق المثل وفي الاشراف
تزوج ابن عمر صفيه علي عشرة الاف درهم وكان يزوج بناته علي عشرة
الاف درهم واصدق النجاشي ام حبيبه بنت ابي سفيان عن رسول الله
صلي الله عليه وسلم علي اربعة الاف درهم وذكر البيهقي اربعمايه دينار

وذكر اربعة الاف ايضا وروي عن عمر رضي الله عنه انه تزوج ام كلثوم بنت
علي من فاطمة رضي الله عنهم على اربعين الفا وتزوج الحسن بن علي رضي الله
عنهما امراة فساق اليها مائة جارية مع كل جارية الف درهم وتزوج
ابن عباس رضي الله عنهما اسماء على عشرة الاف درهم وتزوج انس رضي الله
عنه امراته على عشرة الاف درهم ذكره ابن المنذر فعلم ان مهر عائشة
وفاطمة رضي الله عنهما لم يكن مهر المثل ولان المقصود من النكاح الازدواج
والتوالد والتناسل دون المال بخلاف البيع فان المقصود منه
المال والثمن ولهذا لم يكن المال غير الاب والجد ولعلهما رأيا
من المصلحة ما يزيد على النقص وزيادة لوفور شفقتهما وغيرهما
لم يكونوا مظنة لذلك وفي المعسر نظر وفي غير الاب تفسد التسمية
ويجب مهر المثل على الزوج ويضمنه الولي لتفريطه والصغير
مثل الصغيرة ومنع القاضي منهم ذلك وعندنا لا يطالب بذلك
الا ان يضمنه في ذمته وهو قول الشافعي ونصره ابو محمد علي بن
حزم في المحلى وابطل قول من اوجب الضمان على الولي من غير ضمان
واذا زوج ابنه الصغير يثبت الصداق في ذمة الابن عندنا
موسرا كان الابن او معسرا وهو قول الحسن بن ابي الحسن
والاوزاعي والثوري والحكم وقتادة واسحق وابن حنبل واختاره
ابن المنذر وبوجوبه على الاب قال يحيى بن سعيد الانصاري
وحماد بن ابي سليمان شيخ الامام وهو قول الشافعي وقال مالك
والليث في الابن المعسر على الاب وفي الموسر على الابن وقال ابن
حنبل في احدى الروايتين عنه يكون في ضمان الاب كما لو نطق
بالضمان وفي الرواية الاخرى عنه لا ضمان عليه قال القاضي
منهم وهو اصح الروايتين في المعسر وفي ادب القاضي للناصحي
الاول قول علي وابن عباس وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم ونص
في مصنف ابي بكر بن ابي شيبة على قول ابن عمر وعن علي رضي الله
عنه الصداق على من اخذ بالساق ولا يجوز ثبوت البدل على
غير من يسلم له المبدل وحده كالبيع والاجارة وغيرهما وفي
المنهاج لا يجوز للاب تزويج مجنون صغير ولا كبير الا لحاجة
فواحدة وله تزويج صغير عاقل اكثر من واحدة ويزوج المجنونة

اب او جد ان ظهرت المصلحة ولا يشترط الحاجة ومن زوج ابنته وهي
صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة جاز عند ابي حنيفة وهو
لا يشترط الكفاءة خلافا لهما وقد ذكرنا وجه القولين في المهر وعند
الشافعي لا يصح من غير كفو في احد القولين وفي الاخر يصح ويثبت الخيار
وليس له تزويج ابنه الصغير امة عند الثلاثة من الائمة لعدم خوف
العنت على اصلهم ولا ان زوجه المعيبة على اصلهم المذهب ويجوز
تزويج من لا يكافيه في الخصال على الاصح ذكره في المنهاج وفيه
ولو زوجها السلطان بطلبها من غير كفو وليس لها ولي لم يصح
في الاصح **مسئلة** اذا رضي احد الاولياء المتساويين في الدرجة
باسقاط حقه في الكفاءة لم يكن للباقين ولاية الفسخ عند ابي
حنيفة ومحمد وهو قول زفر عند ركن الدين امام زاده وقال ابو
يوسف وزفر والشافعي للباقين فسخه وفي قول اخر للشافعي لا يصح
العقد وان زوجت نفسها من غير كفو نفذ في ظاهر الرواية عند
ابي حنيفة وهو قولهما ايضا ذكره في الذخيرة ويجري فيه التوارث
قبل تفريق القاضي ويصح ايلاؤه وظهاره ويقع طلاقه وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه لا ينعقد وللولي فسخه بالاتفاق وعند ابن حنبل في
ظاهر قوله لا يصح العقد من غير كفو مع التراضي على اسقاط الكفاءة
وعلى القول الاخر يصح ويفسخه من لم يكن رضي بعدم الكفاءة وان كان
المباشر للعقد اقرب منه كما لو زوجها ابوها من غير كفو فلاخوتها
فسخه قالوا لكل واحد من الاولياء حق الفسخ للعار الذي يلحقهم
بسببه فلا يسقط برضى الواحد منهم لرضاها وحدها قال ابن قدامة
في المغني فصار كما لو زوجها بدون مهر المثل فللباقين فسخه عندهم
مع انه خالص حقها قلت نقله خطا والزامه به غير صحيح ولو نقصت
من مهرها فلا اعتراض عليها عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي حنيفة
حكمه حكم التزويج من غير كفو ولابي حنيفة ومحمد ان الحق غير
متجزي فثبت لكل واحد على سبيل الكمال كالامان في دار الحرب من
واحد فانه يصح ويسقط حق بقية الغانمين من الاستغنام والاسترقاق
للمعنى الذي قلنا وهذا لان الاسقاط صحيح في حق المسقط ومن ضرورته
سقوطه في حق الباقين لانه لو لم يسقط في حق غيره لكان اذا استوفاه

كان مستوفيا حق الغير الساقط ولم يكن لسقوطه فايدة ولانه لو تمكن
بعد اسقاط الحق من الكل ما خلا واحد الغا اسقاط المسقطين
ولم يكن له اثر في السقوط فكان جعل الاول دافعا للثاني اولى من جعل
الثاني دافعا للاول الثابت اذ الدفع اسهل من الرفع لما عرف
وصار كعفو الواحد من الاوليا عن القصاص فان حق الباقين يسقط
في القصاص ولا يتوقف السقوط على اسقاط الباقين وانما
يبقى حقهم فيما يحتمل التجزي وهو الدية لا فيما لا يحتمله كحد القذف
حد القذف فان المصدق منكر وجوب حقه فكان المتوكل للبا
قين نظيره لو زعم بعض الاوليا انه كفو وانكره الباقون واثبتوا
كان لهم فسخه بحكم الحاكم واما اذا رضيت هي فحقها غير حق الاوليا
اذ حقهما دفع الاعتراض اللوضيع وحقهم دفع العار وصيانة
نسبهم عن المصاهرة بمن لا يكافيهم الا ترى انه قد ثبت لها
الخيار لفوات غرض صحيح كما لو زوجت نفسها من رجل يزعم انه
قرشي فبان عربيا يثبت لها الخيار ولا خيار للاوليا لانها انما
رغبت فيه ليكون قرشيا صالحا للخلافة ويثبت لها الخيار
بالجب والعنة وغيرهما من العيوب عندهم ولا يثبت للاوليا

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها قوله

ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه واليه ذهب الحسن
البصري وابن سيرين وربيعة وقتادة والثوري ومالك وابو ثور
واسحق وابن حنبل واختاره ابو بكر ابن المنذر في الاشراف وابن حزم
في شرح المحلى وهو قول الظاهرية وقال الشافعي لا يجوز ذلك
وانما يزوجه ابن عمها في درجته فان فقد فالقاضي ويزوج
القاضي اذا كان وليها خليفته ومن لا يتولى طرفي العقد لا يوكل
ولا وكيلين فيها في الاصح كذا ذكره في المنهاج ويزوج بنت ابيه
من ابن ابيه الاخر في الاصح ومثله عندنا المولى والحاكم والسلطان
والولي قال ابن حزم والحجة عليه فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
فانه اعتق صفية مولاته فتزوجها وجعل عتقها صداقها
فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج مولاته من نفسه رواه
البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه قال ابن حزم قال الله تعالى
وقد فصل لكم ما حرم عليكم وهذا لم يفصل لنا فلم يحرم علينا وروي

البخاري عن عبد الرحمن بن عوف قال لام حكيم ابنة قارظ اتجعلين امرك
الي قالت نعم قال تزوجتك وعقده بلفظ واحد وهو المذهب وبه يقول
مالك واحد الوجهين عن ابن حنبل وعن عقبة ابن عامر ان النبي عليه
السلام قال لرجل اترضى ان ازوجك فلانة قال نعم وقال للمراة اترضين
ان ازوجك فلانا قالت نعم فزوج احدهما صاحبه وكان ممن شهد الحديبية
الحديث الى اخره رواه ابو داود ولما نعين حديث المغيرة ابن
شعبة انه امر رجلا ان يزوجه امراة وهو اولى الناس بها رواه ابو داود د
ولا حجة له في وجوه احدها انه لا يدل على عدم جواز الاول وحديث
البخاري يدل على جوازه الثاني اثرنا اصح في صحيح البخاري بخلاف اثره
الثالث انه لا يصح التمسك به لان قول الصاحب وفعله ليسا بحجة
عنده الرابع فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا كذلك اثره الخامس
ادلتنا اكثر فكان الاخذ بها ارجح السادس العمل بها عليه الجمهور
بخلاف ما ذهب اليه السابع تعارض الاثر بالاثر وسلم لنا فعله
صلى الله عليه وسلم الثامن هو متروك عنده من وجه اخر وهو ان من
لا يلي طرفي العقد عنده لا يوكل بذلك وفي اثره توكيله فلا يصح التمسك
به ولانه ولي حاضر غير عاضل فلا يجوز مباشرة الحاكم له مع وجوده
وحضوره وعدم عضله كما لو زوجها غيره وقال عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له وهذه لها ولي اهل فلا يكون الحاكم وليا لها ورايناه
يقول بالمفهوم ولم يقل به هنا واخذ الشافعي فيها بقول زفر واحتجا
ان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا كما في البيع قلنا يمنع البيع في حق الاب
والجد استحسانا عندنا وهو باطل بالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه
وقوله الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ان
اراد به ابن العم المقدم ذكره فليس ذلك مذهبه لان الذي يلي طرفي
العقد لم يتقدم ذكره في الكتاب قال لان الوكيل في النكاح سفير ومعبر
والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع
قلت تعليل صحيح لو سلم من النقض ولم يسلم فان الوكيل لو زوج موكله
على عبد نفسه يطالب بتسليمه ذكره في الذخيرة واذا اذنت المراة
لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز خلافا لزفر والشا
فعي ثم قوله تزوجتك او زوجتك يتضمن الشطرين وقد تقدم في اول النكاح

قوله وتزوج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف على اجازته فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وان عتق العبد والامة نفذ وقال ابو عمر بن عبد البر في التمهيد لم يختلف قول مالك واصحابه في العبد ان السيد بالخيار ان شا اجازه وان شا فسخه ولم يشترطوا هاهنا قولا ولا بعدا وقال اسماعيل القاضي وهو قول سعيد ابن المسيب والحسن البصري والنخعي والحكم وجعل مالك التفرقة طلاقا قلت هذا دليل على نفاذه من غير لزوم واجازة وانه توقف البيع على اجازة المالك واجمعوا على توقف الوصية على قبول الموصى له وقال الثوري وابن حنبل واسحق احب الي ان يستقبل بينهما نكاح جديد فدل على صحة التوقف والاجازة عندهم وعند القاسم بن محمد في امراة تزوجت بغير اذن وليها ان اجازه الولي فهو جائز ومثله عن ابن سيرين واجاز علي ابن ابي طالب رضي الله عنه نكاح امراة انكحتها امها ونكاح امراة زوجها خالها وامها وقال علي ابن ابي صالح له اجازته وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم امر التي زوجها ابوها بغير اذنها اليها فقالت قد اجزت ما صنع ابي انما اردت ان اعلم اهل النساء ان الامر شي وعن شريح في الوليين يزوجان تخير في اجازة اي واحد شاءت منهما وعن عمر ابن عبد العزيز وحماد مثله وهو مذهب جابر بن زيد ذكر ذلك كله في التمهيد وغيره وقال الشافعي في الجديد لا يتوقف شي من ذلك على الاجازة لان المباشر لا يثبت حكم العقد من جهته وهو الملك فيلغو العقد مع فايدته وهو محجوج بما ذكرنا من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم واجازتها ما صنع ابوها بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وتقدم ذلك كله باسناده وبما ذكرنا من اقوال الصحابة رضي الله عنهم وافعالهم من ذلك وقد ذكرنا عن جماعة من التابعين ومن بعدهم فلا يلتفت بعد ذلك الى ما تاخر ولان التصرف النافع الذي لا يسواه ضرر ما ذون فيه عقلا وشرعا وفيه تحصيل الزوج الكفو وتقدير المهر والثمن واحاد الايجاب والقبول ولا ضرر في انعقاده من غير نفاد حتى اذا راي المصلحة فيه نفذه وقد يتراخى العقد عنه كالبيع بشرط الخيار للبايع وصار كالوصية فانها يتوقف على قبول الموصى له بعد موت الموصي ولو زوج رجل امراة من رجل بغير رضاها او زوج رجلا امراة بغير رضاه يتوقف

علي

على الاجازة عندنا على ما قدمناه وياتي تمام الادلة على ذلك في بيع الفضولي ان شا الله تعالى والله اعلم **قوله** ومن قال اشهدوا اني تزوجت فلانة وذكر نسبها فبلغها فاجازت في مجلسها فهو باطل وان قال اخر اشهدوا اني قد زوجتها منك فقبله الحاضر فبلغها فاجازت جاز وكذا ان كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رضي الله عنه يجوز ذلك كله واجمع اصحابنا رضي الله عنهم ان الواحد يصلح وكيلا من جانب اصيلا من جانب ووكيلا من الجانبين ووليا من الجانبين ووكيلا من جانب اصيلا من جانب ووليا من جانب ووكيلا من جانب في النكاح وهل يصح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب ووليا من جانب او فضوليا من جانب ووكيلا من جانب او فضوليا من جانب اصيلا من جانب حتى يتوقف العقد على الاجازة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما لا يصلح ولا يتوقف وعند ابي يوسف رحمه الله يتوقف له ان كلام الواحد في باب النكاح يقوم مقام كلامين والشخص الواحد يقوم مقام شخصين ولهذا لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف اذ فايدة الامر النفاذ والسر فيه ان حقوق النكاح لا تتعلق بالوكيل فصار كالخلع والطلاق على مال فانه يتوقف على قبولها في مجلس علمها وكالاعتاق على مال ولا يقاس على البيع والاجارة ونحوهما لان الواحد لا يتولى طرفيها ولهما ان الصادر من الواحد شطر العقد الا ترى ان صاحبه لو كان حاضرا يملك الرجوع عنه قبل قبوله فكان شطرا في غيبته وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع والاجارة وساير العقود بخلاف المامور من الجانبين فانه ينتقل كلامه الى الامرين بحكم الامر فكانهما حضرا وعقدا بانفسهما ولا يتعلق هاهنا لكونه فضوليا غير مامور به وفي الاول ينزل كلامه منزلة كلامين وشخصه يقوم مقام شخصين فعند عدم الامر والولاية يعتبر الحقيقة بخلاف الخلع واخوته لان ذلك يمين من جانب الزوج والمولى ولهذا لا يملكان الرجوع عن الايجاب واليمين يتم بالواحد **قوله** وفي الحواشي لابي يوسف لو قال تزوجت فلانة من فلان وقبلت وعن فلان وهو خلاف ما ذكره الجماعة فانهم نصوا على انه لا يصلح فضوليا من الجانبين او اصيلا او وكيلا من جانب وفضوليا من الجانب

الاخر عندهما حتى لو زوج غايبة من نفسه او من موكله لا يتوقف عند
هما ولو كان الاخلاع من جانبها بان قالت اختلعت نفسي من زوجي
بكذا وهو غايب لا يتوقف على اجازته للمعاوضة من جانبها ولو قال
الزوج بحضر منها طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل قبولها بطل ولو
كان تعليقا بالشرط لم يبطل بقيامها عن المجلس قال صاحب الحواشي والجواب
ان من التعليقات ما يبطل بالقيام ويقتصر على المجلس كقوله لها ان شئت
طالق ان شيت يقتصر على المجلس فهذا امثله انتهى كلامه والله اعلم
قلت هو من جانبها معاوضة فيقتصر على مجلسها وكذا يبطل بالاعراض
عنه وقيامها عن المجلس اعراض ؟؟ وفي المحيط وكله ان يزوجها من
نفسه جاز لانه وكيل من جانبها اصيل من جانبه ولو زوج بنت عمه
الصغيرة اليتيمة من نفسه جاز لانه ولي من جانب واصيل من جانب
ولو قال لبنت عمه الكبيرة البكر اريد ان ازوجك من نفسي فسكتت
فتزوجها جاز لانه وكيل واصيل ولو تزوجها قبل الاستيمار فبلغها
فسكتت لم يجز عندهما لانه فضولي من جانبها فلا يتوقف خلافا لابي يوسف
رحمه الله ؟؟ وفي البدايع لابي يوسف رضي الله عنه ان الواحد في هذا
الباب يقوم بالعقد من الجانبين كما لو كان مالكا من الجانبين او وليا
منهما فكان كلامه عقدا لا شطرا ولو ارسل اليها رسولا او كتب
اليها كتابا بذلك فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراة
الكتاب جاز ذلك لاتحاد المجلس اذ كلام الرسول كلام المرسل والكتاب
كالخطاب وان لم يسمعا كلام الرسول وقراة الكتاب لا يجوز عندهما
وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز بناء على ان قوله زوجت نفسي شطر
العقد عندهما رضوان الله عليهما والشهادة في شطري العقد
شرط وقبول الزوج بانفراده عقد عنده وقد حضره شاهدان
وعلى هذا لو قال الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غايبان
عندهما لا ينعقد حتى لو بلغهما فاجازاه لم يجز وعنده يجوز بالاجازة
وفي المحيط وان لم يسمعوا ذلك لم يجز لانهم لم يسمعوا كلام الزوج
ولا ما يقوم مقامه بخلاف البيع فانه يجوز العدم اشتراط الشهادة
فيه وكذا ذكر في المبسوط كما في المحيط ولو قالت بين يدي الشهود
زوجت نفسي منه لا ينعقد ايضا لانهم سمعوا كلامها لا كلامه هنا

وفي

وفي المحيط زوجت نفسها من غايب بحضرة الشهود فبلغه فاجاز لم يجز
وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز وعلى هذا لو كان العاقد وليا او وكيلا
لاحدهما لم يجز عندهما ولو كان فضوليا لم يجز بالاتفاق وفي الذخيرة
والمبسوط والمحيط قال محمد رحمه الله لو كتب الى رجل كتابا يقول
فيه بعني عبدك بالف فقال عند ما قراه بعتك كان جايزا وجعله
بمنزلة النكاح وقال شيخ الاسلام رحمة الله عليه والفقيه ابو جعفر
الهندواني رضي الله عنه انما ينعقد البيع اذا كتب بعني عبدك
وقد اشتريته منك فقال بعت ولا بد من هذه الزيادة في البيع
لان قوله بعني سوم في البيع لما عرف في اول كتاب النكاح فصار كما
لو كان حاضرا او صحح شمس الايمة السرخسي رحمه الله ما ذكر محمد
رضي الله عنه من غير زيادة وفرق بين الحاضر والغايب والفرق
ان قوله بعني من الحاضر استيام عادة وعرفا وفي الغايب احد
شطري العقد عادة فاذا انضم اليه الشطر الثاني يتم البيع
والله اعلم قلت في جوابه نظر لان البيع لا ينعقد الا بلفظين
ماضيين عند عدم النية بخلاف النكاح لان قوله زوجني توكيل
منه وقوله زوجتك يتضمن شطري العقد والواحد يتولى
شطريه ولا يتولى شطري البيع الا الاب والجد ويمكن ان يقال قوله
بعني ان احتمل الاستيام جاز ان يقدر اشتريت لدلالة بعني عليه
فيكون مقدرا لا ملفوظا به وفي الذخيرة الوكيل بالنكاح لو زوجه
نكاحا موقوفا لا ينتهي وكالته به لانه قابل الحكم فان نقضه قبل
اجازته نفذ نقضه كالموكل لو تزوج موقوفا ثم نقضه قبل الاجازة
يجوز والوكيل قايم مقام موكله اذا كانت وكالته باقية فصار كالوكيل
بالبيع بشرط الخيار لاطلاقها ويملك فسخه لبقايها لانه قايم
مقام موكله كذا هنا فان قيل الفرق ظاهر لان الموكل يملك فسخه فرارا
من لزوم العهدة كالفضولي في البيع والوكيل لا يلزمه العهدة
في العقد النافذ فالموقوف اولى فصار كالفضولي في النكاح فانه لا يملك
فسخه لعدم العهدة عليه الا في رواية النوادر عن ابي يوسف رحمه
الله انه يملك فسخه بخلاف ظاهر الرواية قيل له الموكل يملك فسخه
لذلك ولعلة اخرى وهو الفسخ قبل الاجازة امتناع عن اتمام العقد

وللوكيل الامتناع عن اتمامه كما ان له الامتناع عن مباشرته ولهذا لو
قال الوكيل زوجتك من فلان بالف درهم فقبل ان يقول قبلت لو رجع
صح رجوعه وانتقض ما وجد منه من الايجاب فان قال هذا باطل في
الفضولي فانه لا يملك فسخه قبل الاجازة ولو كان ذلك امتناعا كان
له ذلك والله اعلم قلنا عملنا نسبة الفسخ في حق الفضولي فلم يجز له
ذلك لانه فسخ لعقد غيره وهو ليس بوكيل عنه وعملنا نسبة
الامتناع في حق الوكيل وجوزنا له ذلك لقيامه مقام موكله بي
للوكيل المقصود لانه ايضا كما لو زوجه امراة وقبل عنها فضولي
ثم زوجه اختها باذنها او بغير اذنها كان نقضا للعقد الاول
ولو زوجه امراتين في عقدة احداهما اخت الاولى لا ينتقض نكاح
الاولى لانه فضولي فيهما فلم يكن نافذا فالحاصل ان النافذ من
احد الجانبين يرفع النافذ من احد الجانبين لا يرفع شيا اصلا
وفي الجامع فضولي زوج رجلا عشرا في عقود وبلغهن فاجزن
جاز نكاح التاسعة والعاشرة لانه لما قبل نكاح الخامسة
بطل نكاح الاربع التي قبل نكاحها ولما قبل نكاح التاسعة بطل
نكاح ما قبله من العقود وعلى هذا عشرة رجال زوج كل واحد
ابنته من رجل وهو في مدركات فاختر ن جميعا جاز نكاح التاسعة
والعاشرة وان كانوا احد عشر رجلا فنكاح البنت الاخيرة
جايز وان كانوا اثنى عشر فنكاح الاربع جايز وان كانوا ثلثة
عشر فنكاح الاخيرة وحدها جايز لانه لما قبل نكاح الخامسة
فقد بطل نكاح الاربع قبله ولما قبل نكاح التاسعة فقد
ابطل نكاح الاربع قبله ولما قبل نكاح التاسعة فقد ابطل نكاح
الاربع الموقوف قبله وتوقف ما بعده ولما قبل نكاح الثالثة
عشر فقد ابطل الموقوف قبله وجاز نكاحها على هذه القاعدة
وفي المحيط ارسل رجلا يخطب له امراة بعينها فزوجها الرسول
اياه جاز لان الخطبة جعلت نكاحا اذا صدر من الامر حتى لو قال
لامراة خطبتك بالف فقالت زوجت نفسي منك كان نكاحا فكان الامر
بالخطبة امرا بالنكاح والله اعلم **قوله** ومن امر رجلا ان يزوجه
امراة فزوجه اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه واحدة منهما لانه

فضولي

فضولي في الثنتين ولا يلزمانه الا برضاه ولا فايدة في نفاذ احداهما
غير عين لانها لا تفيد حل الوطي اذ الوطي لا يقع الا في معينة والمنكرة
ضدها وتعيين الواحدة منهما ترجيح من غير مرجح ولان النكاح لا
يصح في المبهمة بخلاف المطلق الطلاق لان ذلك تعليق بشرط
البيان والنكاح لا يقبل التعليق والطلاق يقبله لانه اسقاط
وعن ابي يوسف رحمه الله يلزمه واحدة منهما واليه التعيين
ذكره في الجامع الصغير وهو بعيد ش وفي قاضي خان هذا اذا
لم يكن بين المراتين قرابة حتى لو اختار الزوج احداهما بعينها
لزمه وبطل نكاح الاخرى وان مات الزوج قبل ان يختار كان
المهر والميراث بينهما وعلى كل واحدة عدة الوفا لانه
وكيل في احداهما فيلزمه والله اعلم قال شمس الايمة السرخسي
رحمه الله هو قول ابي يوسف الاول والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية
لان النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط لانه تمليك وما لا يحتمل
التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول والله اعلم قلت يرد على
هذه العلة بيع عبد من عبدين على ان المشتري بالخيار
ياخذ ايهما شا على ما ياتي في اول البيوع ان شا الله تعالى
قوله ومن امره امير ان يزوجه امراة فزوجه امة
لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله لا يجوز اما عند الثلاثة فلطول المدة واما عندهما
فلان المطلق ينصرف الى المتعارف كتعقد البلد والمتعارف
يزوج الكفو ولابي حنيفة رضي الله عنه المطلق يجري على
اطلاقه الا في موضع التهمة والضرورة فلا يزوج امة نفسه
اجماعا للتهمة وامة غيره اذا كانت تحت الامر حرة للضرورة
اذ لا يجوز له ادخال الامة على الحرة والدليل على العمل باطلاق
التوكيل انه لو زوجه عورا او مقطوعة اليدين او احدى
الرجلين او رتقا او قرنا يجوز والله اعلم ذكره في الذخيرة وغيره
وفي الذخيرة ايضا امره ان يزوجه امراة لم يسمها فزوجه امراة
ليست بكفو له القياس الجواز على الموكل وبه اخذ ابو حنيفة
رضي الله عنه عملا باطلاق التوكيل وفي الاستحسان يتقيد بالكفو

وبه اخذا رضي الله عنهما وعلى هذا الخلاف لو زوجه عميا او مقطوعة
اليدين او الرجلين او منكوحة او مجنونة وفي رواية ابي سليمان
وفي المنتقى عن ابرهيم عن محمد رحمه الله انه لا يجوز ولم يحك خلافا
وقال في الحواشي التوكيل من جانبها يتقيد بالكفو على قول الكل
رضي الله عنهم في الصحيح وقيل هو قولهما قال ولو كان كفوا الا
انه اعمى او مقعد او صبي او خصي او عنين او معتوه فهو جائز
قال كذا في فتاوى قاضيخان وفي المحيط لا يجوز وابو حنيفة
رضي الله عنه يقول الفرق مشترك فان الانسان يتجوز بالكفو
وغير الكفو فلا يجوز الغا اطلاقه بالشك والاحتمال او هو عرف
عملي لا لفظي كما لو حلف الفقيه لا يلبس ثوبا فلبس ثوب حرير او حلف
المسلم لا ياكل لحما فاكل لحم خنزير فانه يحنث وان كان بخلاف عرف
الحالف لكونه عرفا عمليا وهو عرف بعض الناس والحقيقة
العرفية اللفظية مثل تقييد الدابة بذوات الحافر كالفرس
والبغل والحمار وهنا ليس اختصاص اسم المراة بالحرة حقيقة
عرفية لا عرفا عاما ولا خاصا فلا يصلح مقيدا لما ذكرنا وفي الوكالة
ان اعتبار الكفاة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز
عن التزوج بمطلق المراة فكانت الاستعانة به في التزوج بالكفو
ولو كان هنا عرف يوجب التقييد بالكفو لكان المنع قياسا
واستحسانا ،، وفي المحيط تقدير وان تغيير الكفو بالاما كاصحاب الاعذار
طلبا لتخفيف المؤنة وتسهيلا للامر عليهم ولو زوجه صغيرة لا
يجامع جاز لان اسم المراة يتناول الصغيرة والكبيرة قال الله تعالى
وان كان رجل يورث كلالة او امراة فالصغيرة والكبيرة فيه سوا
في اطلاق اسم المراة عليهما ولو وكله ان يزوجه امة فزوجه حرة
لم يجز لان المقيد بقيد لا يندرج تحت مقيد اخر ولو زوج الوكيل
بالنكاح الفاسد نكاحا صحيحا لا يجوز ،، وفي الذخيرة وكله ان يزوجه
امراة بعينها يجوز تجويزه بالغبن اليسير بلا خلاف وكذا بالفاحش
عنده رحمه الله وعندهما لا يجوز بنا على الاطلاق والتقييد بالعرف
وفرق ابو حنيفة رضي الله عنه بينه وبين الوكيل بالشرى والفرق
ان الوكيل بالشرى يستغني من اضافة العقد الى موكله فيمكن التهمة

في

في تصرفه فاذا وجد الصفقة خاسرة حولها الى موكله وفي النكاح لا
يستغني عن اضافته الى موكله فلا تهمة ،، وفي المحيط الوكيل بشرى
معين اذا لم يسم له الثمن يشتريه لموكله بالغبن الفاحش لانه لا
يملك الشرى لنفسه وفي التحرير او اشتراه بالغبن الفاحش
يصير مشتريا لنفسه واذا وكله ان يزوجه امراة بعينها
ولم يسم فزوجها الوكيل نفسه بذلك المهر جاز النكاح
للوكيل وفي الشرى يصير مشتريا للموكله حال غيبته ولو وكلته
ان يزوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو قالت زوجني من شئت
فليس له ان يتزوجها ،، وفي المنتقى وكل رجلا ان يزوجه
امراة فزوجه ابنته الصغيرة او ابنة اخيه الصغيرة
وهو وليها لم يجز وكذا رجل امر امراة ان تزوجه امراة
فزوجته نفسها لا يجوز ولو زوجته ابنته الكبيرة باذنها
ذكر في الاصل انه لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا
بوصي الزوج وعندهما يجوز وعند ابي حنيفة يتقيد
المطلق بغير مواضع التهمة خلافا لهما ولو زوجه
اخته الكبيرة برضاها جاز بلا خلاف لعدم التهمة وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف في الاملا رجل امر رجلا ان يزوجه
امراة فزوجه ابنته الصغيرة او الكبيرة باذنها لم يجز
استحسانا وفي المغني ويجوز التوكيل مطلقا ومقيدا اما المطلق
ان يوكله ان يزوج من شا او من يرضاه او قال اذا وجدت من
ترضاه فزوجه وهو الاظهر عند الشافعي رحمه الله
وفي التنبيه فيه قولان للشافعي رضي الله عنه والصحيح
الجواز لما روي ان رجلا جا الى عمر رضي الله عنه فترك ابنته
عنده وقال اذا وجدت لها كفوا فزوجه اباها فزوجها
عمر من عثمان ابن عفان فهي ام عمرو بن عثمان رضوان الله
عليهم ودليل جواز المقيد توكيل رسول الله صلى الله عليه وسلم
ابا رافع في تزوج ميمونة منه وتوكل عمرو بن امية في تزوجه
ام حبيبة بنت ابي سفيان وفي المغني لا يشترط اذن المراة في
التوكيل ولا حضور شاهدين وسوا كان الموكل ابا او غيره وقال

بعض الشافعية رضي الله عنهم لا يجوز لغير المجبر التوكيل إلا بإذنها
وقال الحسن بن حي لا يصح التوكيل إلا بحضرة شاهدين وهو بعيد والله
أعلم ولو وكلته أن يزوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو قالت زوجني
من شئت فليس له أن يتزوجها وفي المنتقى وكل رجلاً أن يزوجه
امرأة فزوجه ابنته الصغيرة أو بنت أخيه الصغيرة وهو وليها
لم يجز وكذا رجل أمر امرأة أن تزوجه امرأة فزوجته نفسها لا يجوز
ولو زوجته ابنتها الكبيرة بإذنها ذكر في الأصل أنه لا يجوز عند
أبي حنيفة رضي الله عنه إلا برضى الزوج وعندهما يجوز فعند أبي
حنيفة يتقيد المطلق بغير مواضع التهمة خلافاً لهما ولو زوجه
ابنته الكبيرة برضاها جاز بلا خلاف لعدم التهمة والله تعالى أعلم

باب المهر

له أسماء تسعة الصداق
والصدقة والمهر والنحلة والأجر والفريضة والعلائق والعقر
وهو غالب في الإماء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أدوا العلائق
قيل يا رسول الله ما العلائق قال ما تراضى عليه الأهلون رواه أبو
الحسن الدارقطني وقال لها عقر نسائها وقال أحمد فيها ولا يقال
أمهرها بل يقال مهرها هكذا ذكر ابن قدامة في المغني وفي الصحاح
أمهرها ومهرها وفي المغرب مهر المرأة أعطاها المهر وأمهرها
إذا سمى لها مهراً وتزوجها به ومنه أن النجاشي أمهر أم حبيبة
أربعمائة دينار وأداها عن النبي صلى الله عليه وسلم فبلغه ذلك فأجازه

قوله ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهراً هو إجماع وإنما الخلاف
هل يجب مهر المثل أو لا يجب شيء على ما يأتي في المفوضة وقال بعض الشافعية
إن تزوجها بغير مهر في الحال ولا يصح النكاح في هذه الصورة لأنها
تصير كالموهوب وليس بصحيح بخلاف البيع حيث يفسد بترك تسمية
الثمن لأن الثمن مقصود في البيع دون النكاح والمقصود منه التوالد
والازدواج والبيع معاوضة المال بالمال ولم يوجد فيفسد ولأن النكاح
لا يفسد بالشروط الفاسدة فكذا بترك ذكر المهر والبيع يفسد
بالشروط الفاسدة وكذا بترك ذكر الثمن ولأن المهر حق الشرع
ابتداء وإبانة لشرف المحل ولهذا الاستباح بالإباحة فلا يحتاج إلى ذكره
لصحة النكاح كما لو تزوجها على خمر أو خنزير أو ميتة أو دم فإنه يصح النكاح

علي

علي ذلك وجب مهر المثل كذا ههنا وكذا إن تزوجها على أن لا مهر لها
قال على ما بينا يعني العلة التي ذكرناها قبله قال وفيه خلاف مالك
قال في الحواشي يعني في جواز النكاح عند نفي المهر واعتبر النكاح بالبيع
وفي التمهيد ذهب مالك إلى المفوضة لا مهر لها وعليها العدة
ولها الميراث إذا مات عنها ويأتي الكلام عليه عن قريب إن شاء الله
تعالى قلت إن نكاحها صحيح عنده وأقل المهر عشرة دراهم أو قيمة
عشرة قال محمد يجوز وزن عشرة تبراً وإن كان قيمتها أقل من
عشرة مضروبة بخلاف السرقة فإن اليد لا تقطع في مثلها هذا مذ
هبنا وقال مالك أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم وقال ابن
شبرمة أقله خمسة دراهم وقال إبراهيم النخعي أقله أربعون درهما
وقال سعيد بن جبير أقله خمسون درهما وكل منهم مذهبه في نصاب
السرقة الذي تقطع فيه اليد لذلك وقال الشافعي ما جاز أن يكون
صداقاً وهو قول ابن حنبل وإسحق وأبي ثور وفقهاء المدينة وفي
المحلى لابن حزم ما جاز أن يملك بالهبة أو بالميراث جاز أن يكون صداقاً
حل معه أو لم يحل كالماء والكلب والثمرة التي لم يبد صلاحها والسنبل
قبل أن يشتد قال لأن النكاح ليس معاهدة أما لا يشك فيه ذو حس
قال وبعض القائلين لا يجوز الصداق بما لا يجوز بيعه وهذا حكم فاسد
وقول سخيف بلا برهان ولا قياس ولا رأي له وجه معقول وليت شعري
ماذا باع وماذا اشترى أرقبتها فيصبح الحرة أم فرجها فوضح لكل ذي
عقل فساد قول من شبه النكاح بالبيع والعجب أنهم يمنعون النكاح
بصداق ثمرة لم يبد صلاحها قياساً على البيع ثم يجيزون النكاح
بوصيف وبيت وخادم غير معين ولا يجيزون البيع بذلك وقول
مالك لا نعرفه عن أحد من أهل العلم قبله وقد خالفه فيه أئمة المدينة
والفقهاء الذين لا يخرج عن قولهم وقال أبو عمر بن عبد البر بعد من
أجاز أبو حنيفة فقاس الصداق على اليد عنده فإنها لا تقطع
إلا في ربع دينار أو عشرة دراهم كلا قلت لا تقطع في ربع دينار عنده ولا
يكون صداقاً حتى لو تزوجها على دينار قيمته أقل من عشرة دراهم يكمل عشرة
دراهم عند علمائنا الثلاثة ذكره الوبري ونقل عنه سهو وغلط وقال
الداودي لمالك تعرف فيها أبا عبد الله لما قدر بربع دينار أي سلكت

فيها سبيل اهل العراق قلت لم يقل به احد من اهل العراق وهو غلط من
الدراوردي الا ان يريد به تغير التقدير لا الكمية استدل من لم يتقدر
بحديث عبد الرحمن بن عوف لما جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
سيقت اليها قال زنة نواة من ذهب فقال له رسول الله صلى الله عليه
وسلم اولم ولو بشاة رواه الجماعة ذكره في المنتقى وفي التمهيد رواه
مالك في الموطا عن حميد الطويل عن انس بن مالك ولم يكن طويلا وانما كان
طويل اليدين ذكره في التمهيد فقد اجازه رسول الله صلى الله عليه
وسلم باقل مما اخذه ابو حنيفة اذ النواة خمسة دراهم عند الاكثر
وعن ابن حنبل النواة ثلاثة دراهم وثلث وقيل النواة المذكورة في
الحديث نواة التمر قال هذا عندي لا وجه له لان وزنها مجهول
والصداق لا يكون الا معلوما لانه من باب المعاوضات وبحديث جابر
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعطى في صداق امراة ملء كفيه
سويقا او تمرا فقد استحل رواه ابو داوود وعنه صلى الله عليه وسلم
ادوا العلائق قيل يا رسول الله وما العلائق قال ما تراضى به الاهلون
رواه الدارقطني ولانه اشبه شيء بالاجارات اذ هو استمتاع بمنفعة
البضع فكان ملحقا بها وبالحديث المتفق على صحته وهو حديث سهل
ابن سعد الساعدي وفيه التمس ولو خاتما من حديد فلما لم يجد شيا قال
صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القران وروي انكحتكها وزوجتكها
وبما رواه الترمذي ان امراة زوجت على نعلين فقال صلى الله عليه وسلم
ارضيتيه من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال الحديث
حسن صحيح ولنا حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا مهر اقل
من عشرة دراهم رواه الدارقطني وفيه مبشر بن عبيد وحجاج ابن ارطاه
وهما ضعيفان عند المحدثين ورواه البيهقي في سننه الكبير من طرق
وضعفها لكن الحديث اذا روي من طرق مفردات ضعيفة يصير
حسنا ويحتج به ذكره النووي في شرح المهذب وروى البيهقي عن
علي بن ابي طالب موقوفا عليه وذكر ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه عن علي
بن ابي طالب انه قال اقل ما يستحل به المراة عشرة دراهم وذكره عنه
في التمهيد ابو عمر بن عبد البر ولانه لو لم يكن للصداق حد لكان الدانق
والحبة والفلس صداقا للبضع فيكون دون مهر البغي ومهر البغي منهي

عنه

جواز و

عنه في الصحيح ويشتبه به ولان الحبة والفلس اذا كان مهرا استحيا به الحرة
لم يكن لاشتراط عدم طول الحرة في نكاح الاماء عندهم معنى لانه حينئذ كل
من وجد طول الامة وجد طول الحرة وذاك لان ان الطول لا يجده
كل الناس وانما عللوا الظاهرية في جوازه بحبة الحنطة او بحبة
الشعير فهو قول باطل قطعا اذ لو ساغ ان يستباح الفروج بحبة
الشعير لا يستباح بغير عوض اذ الحبة الشعير ليس بمال اذ لا يقع
الشح والصب بها الا ترى ان من سقطت منه حبة شعير او حبة حنطة
لا يرفعها ولا يلتفت اليها والفلس والدانق والحبة لا يقع مهرا
للبغي لوطئة واحدة فكيف يستباح الفرج بالفلس وحبة الشعير
على الدوام وما شرع النكاح الا بابتغاء الاموال والتصرف في البضع
بالوطي لا يخلو عن عقوبة او غرامة فلو جاز تقومه بالدانق والحبة
لم يكن في ذلك غرامة وذلك يكون غاية في اذلاله واهانته وما وجب المال
فيه الا لشرفه وخطره قال في المحيط فلو جاز ان يستبيحه بحبة جاز
ان يستبيحه بغير شيء اذ لا اعتبار بالحبة بين الناس ومثل ما ذكرناه قاله
عمر بن عبد البر في التمهيد ويدل عليه قوله تعالى في الواهبة نفسها
بغير عوض خالصة لك من دون المومنين فلو جاز ان يكون الفلس ونحوه
مهرا لم يكن النكاح بغير عوض خالصا له صلى الله عليه وسلم ولانها
لو زوجت نفسها بغير مهر ودخل بها وجب مهر المثل اتفاقا مع نفي
المهر فلو صح ان يكون الفلس مهرا لم يكن لايجابه معنى بعد اسقاطها
وبهذا يتبين ان المهر حق الله سبحانه ابتدا حيث زوجت مع نفيها
وبقي وليها واذا ثبت انه حق الله سبحانه يجب ان يكون مقدرا حتى
يمكننا امساكه كسائر حقوقه من الصوم والصلاة والزكاة والحج وغيرها
ولو جاز ان يكون الفلس مهرا ثم طلقها قبل الدخول فماذا يرد عليه
بنصف الفلس ولا يعرف للفلس نصف في المعالم ام غير نصف المسمى على
خلاف النصوص فانه يجوز والفلس فقد قالوا بالتقدير بغيره لئلا يلزم
ارتكابهم ترك ما ذكرنا من الادلة والحجج الواردة عليهم والحجة على ابن
حنبل اقوى والزم فان الحديث الضعيف حجة عنده مقدم على القياس ان
سلمنا ضعفه مع ان تضعيف المحدث من غير ذكر سبب التضعيف لا يقبل
منه عندنا وهو المختار عند غيرنا ايضا ولا حجة لهم في جميع ما ذكروه

وقول ابن عبد البر تفسير النواة نواة التمر لا وجه له عندي لجعلها البعض الصداق المجهول لا يصح قلت بل له وجه صحيح لان ذلك المجهول على المعجل ولا وجهالة فيه عند تحملها وقبضها وكانت عادتهم تعجيل بعض الصداق قبل الدخول وهو اجماع من عهد النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولم يكن عادتهم دفع جميع الصداق قبل الدخول وهو نظير قوله صلى الله عليه وسلم لعلي لما تزوج فاطمة واراد البناء بها اعطها شيئا قال علي ما عندي شيء قال اين درعك الحطمية رواه ابو داود والنسائي وفي رواية عن ابي داود ان عليا لما اراد ان يدخل بفاطمة منعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى تعطيها شيئا فقال يا رسول الله ما لي شيء فقال له اعطها درعك فاعطاها درعه ثم دخل بها والمهر الذي في ذمته غيرها ولان النواة يجوز ان يكون مشارا اليها عند العقد فلا يضر الجهالة فيها بالاجماع ولم يذكروا الشهادات في الذمة ولو كان في الذمة بوزن نواة تمر معينة فلا جهالة فيه وروي انها قومت ثلثة دراهم وربع درهم باسناد لا تقوم به الحجة وقال ابو عمر قوله صلى الله عليه وسلم التمس ولو خاتما من حديد يعني تقدمه لها لان العادة جرت بان يقدموا من الصداق بعضه او كان ذلك لتطييب قلبها كما في حديث ام سليم وفيه وكان صداق ما بينهما الاسلام وهو لا يصح صداقا بالاجماع وقول ابي عمر قد اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم باقل مما حده ابو حنيفة واصحابه ان النواة خمسة دراهم عند الاكثر او اقل عند الاكثر على ما تقدم ولا حجة علينا في ذلك لانه صلى الله عليه وسلم يساله عن ما ساقه اليها وهو المعجل كما ذكرنا وفي الاكمال قوله وكم اصدقتها يدل على انه لا بد من الصداق وظاهره يدل على التقدير لان كم كلمة للعدد باتفاق اهل اللغة والنحو وقوله وزن نواة من ذهب ثلثة دراهم وربع واحتجوا به على اقل المهر يعني المالكية قال عياض ولا يصح لهم هذا لانه قال من ذهب وذلك يزيد على دينارين ولم يقله احد قال وهو عليه والجواب عن حديث جابر من اعطى في صداق امراة ملء كفه سويقا او تمرا فقد استحل من عدة اوجه احدها قال المنذري اسناده موسى بن مسلم وهو ضعيف وقال الازدي هو ضعيف ورواه ابو داود موقوفا والجواب الثاني ان ذلك كان في المتعة يدل عليه ان جابر نفسه قال كنا نستمتع بالقبضة

من الطعام على معنى المتعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واخرجه مسلم في صحيحه من حديث ابن جريج عن ابي الزبير قال سمعت جابرا يقول كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الايام على عهده صلى الله عليه وسلم قال البيهقي هذا ان كان منسوخا لانه في نكاح المتعة فانما نسخ منه شرط الاجل فاما ما جعلوه صداقا فانه لم ينسخ قلت فساد قوله هذا ظاهر فان الاجماع على نسخ احكام نكاح المتعة ودعوى اخراج بعضها على النسخ دعوى باطلة يدل على بطلان قوله هذا واثبات تعصبه لمقلده ان الذي نسخ من نكاح المتعة انما هو شرط الاجل وان باقي احكامه ثابتة في النكاح المشروع المؤبد انه ينبغي انه لا يثبت بهذا النكاح نسب لا يجري به التوارث اذ هذه الاحكام لنكاح المتعة وهي في هذه الانكحة ولم ينسخ الا شرط الاجل كما زعم وذلك خلاف اجماع المسلمين وهو هوس والوجه الثالث انا قد ذكرنا عن جابر خلافه هذا وهو نص مع ضعف كل واحد منهما فلا يكون هذا دليلا على دعواهم والوجه الرابع ان ذلك لو ثبت كان محمولا على المعجل كما ذكرنا قال ابو الفرج بن الجوزي انما كان ذلك للضرورة والفقر في اول الاسلام وهكذا قالوا عن قوله التمس ولو خاتما من حديد ونحو ذلك ولان القبضة من التمر لوطئة واحدة او ليوم او ايام في حالة الشدة والعسر اذا صلح ان يكون عوضا في نكاح المتعة كيف يكون عوضا للبضع والحبس الدائم وقياسهم على الاجارة باطل لان قياس المؤبد على الموقت ان الاجارة يصححها التاقيت والتابيد يبطلها والنكاح يبطله التاقيت ويصححه التابيد ويؤكد ما قلنا ان المراد من التماس الخاتم ونحوه انما هو المعجل من الصداق لا المؤخر والخلاف انما هو في الثاني والقدرة على المؤخر ليست بشرط بالاجماع لثبوته في الذمة وما يثبت في الذمة لا يشترط القدرة عليه لصحة العقود والجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم بما معك من القران فان القران وتعليمه لا يصح صداقا عندنا وهو قول مالك في ظاهر الرواية عن ابن حنبل ذكره ابو عمر وابو الفرج وبه قال الليث ابن سعد واسحق ذكره ابن المنذر في الاشراف وجوز الشافعي فان طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف اجر التعليم في رواية المزني عنه وفي رواية الربيع عنه في البويطي يرجع عليها بنصف مهر المثل قال لان تعليم النصف لا يوقف على حده قلت اذا

عرف الكل ووقف على حده و وقف على حد النصف فاعترافه بعدم العلم
بالنصف اعتراف منه بعدمه بالكل فينبغي ان لا يخالف الجماعة ويوجب
مهر المثل قبل الطلاق فيه وقالوا معنى قوله بما معك من القرآن أي بتعليم
ما معك من القرآن وتعلقوا في ذلك بما روي في حديث ابن مسعود قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم من ينكح هذه فقام رجل عليه برده عاقدها في عنقه
فقال انا يا رسول الله فقال الك مال قال لا قال أتقرأ من القرآن شيا قال
نعم سورة البقرة والمفصل قال انكحتكها على ان تقريها وتعلمها واذا رزقك
الله عوضتها فتزوجها الرجل على ذلك قال الدارقطني تفرد به عتبة
بن السكن وهو متروك وحديث ابي هريرة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما تحفظ من القرآن قال سورة البقرة او التي تليها قال قم فعلمها عشرين آية
وهي امراتك قال عبد الحق في الاحكام الكبرى كذا رايت عند النساي فيما رايت
من النسخ وعن ابي داود والتي تليها بغير الف وهو من رواية عسل بن سفيان
ضعفه يحيى بن معين واحمد بن حنبل وقال ابو حاتم منكر الحديث وقال البخاري
عنده مناكير قال ابو عمر بن عبد البر في التمهيد دعوى التعليم في قوله بما
معك من القرآن دعوى باطلة لا تصح واكثر اهل العلم لا يجيزون ما قاله
الشافعي وقال ابو الفرج في التحقيق عن ابي النعمان الازدي قال زوج رسول
الله صلى الله عليه وسلم امراة من رجل على سورة من القرآن لا يكون لاحد بعدك
مهرا وقال مكحول ليس ذلك لاحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل معناه
بحرمة ما معك من القرآن تشريفا لاهل القرآن وتعظيما لهم وفي مصنف ابي
بكر ابن ابي شيبة عن شعبة قال سالت الحكم وحماد عن رجل وهب ابنته لرجل
فقالا كلاهما لا يجوز الا بصداق وقال مكحول والزهري لم تحل الموهوبة
لاحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الشعبي ايما امراة وهبها ابوها
او وهبت نفسها لرجل لا يصح الا بصداق لم يكن ذلك الا للنبي صلى الله عليه
وسلم هذا ابتغاء من السلف والخلف ان البضع لا يجوز اخلاؤه عن الصداق
فمن جعل الصداق حبة او فلسا او شعيرة فقد اخلاه لان ذلك ليس بصداق
لا في العرف ولا في الشرع **فرع** ويجوز الدخول بها قبل ان يعطيها
شيا من صداقها سواء كانت مفوضة او مسمى لها وبه قال سعيد بن المسيب
والحسن والنخعي والثوري والشافعي وابن حنبل وعامة اهل العلم وروي
عن ابن عمر وابن عباس والزهري وقتادة ومالك انه لا يدخل بها حتى يعطيها
شيا قال الزهري مضت السنة عليه واستدلوا بانه صلى الله عليه وسلم منع عليا

من

من الدخول على فاطمة رضي الله عنها حتى يعطيها شيا فاعطاها درعه الحطمية
وقد تقدم ولنا حديث عقبة بن عامر الذي زوجه رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولم يعطها شيا وقالت عايشة رضي الله عنها امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان ادخل امراة على زوجها ولم يعطها شيا رواه ابن ماجه وصار كالبيع والاجارة
والخبر محمول على الاستحباب وقال ابو بكر ابن ابي شيبة قال ابن المسيب اختلف فيه
اهل المدينة فمنهم من كرهه ومنهم من رخص فيه واي ذلك فعلا فلا باس به
وقال زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من المسلمين لم يكن له شي فامر امراته
ان تدخل عليه فسار ذلك الرجل من اشراف المسلمين وعن كعب ابن هشام وكان من
اصحاب عبد الله انه زوج امراة على اربعة الاف درهم ودخل بها قبل
ان يعطيها شيا ذكره ابن ابي شيبة **قوله** ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة
عندنا وقال زفر لها مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كعدمه وقال ابن
القاسم في المدونة ان سمى اقل من ربع دينار او ثلثة دراهم ان تمم قبل الدخول
ربع دينار او ثلثة دراهم والا فسخ عليه وبعد الدخول اجبر على تكميله ما
اقل الصداق وان طلقها قبل الدخول يجب عليه نصف المسمى فصحح التسمية
قبل الدخول وابطلها بعد الدخول وقال غيره من المالكية التسمية
فاسدة ويفسخ على كل حال ولم يوجبوا مهر المثل واوجبوا بتسمية الخمر والخنزير
ومحوا العقد **ولنا** ان فساد التسمية لحق الشرع فاذا كمل له عشرة كمل حق
الشرع وما زاد عليها حقها وقد اسقطت حقها فلا تجب الزيادة بعد
اسقاطها بعد تمام حق الشرع بخلاف ما اذا لم يسم فانها لم ترضى بغير مهر ولا
ترضى باليسير ولان العشرة لا تتجزى حقا للشرع وذكر بعض ما لا يتجزى
كذكر كله كما لو طلقها نصف طلقة او عفا عن نصف القصاص او اسقط
بعض الشفعة او اعتق نصف عبده عندهما وان طلقها قبل الدخول بها
يجب خمسة دراهم عند علمائنا الثلاثة وعند زفر يجب المتعة وعند مالك
على قول ابن القاسم والشافعي وابن حنبل نصف المسمى ومن سمى مهرا عشرة
فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها وهو اجماع لان بالدخول
يتحقق تسليم المبدل به يتاكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته
لانه معنا الى موت احدهما ولهذا لو قال والله لا اقربك حتى اموت او
تموتي يصير موليا كانه قال ما دام النكاح بيننا والشي بانتهايه يتقرر
ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها

نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفوا الذي بيده عقدة النكاح
قالوا الا ان هذه متعارضة فيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره
ومقتضاه وجوب جميع المهر لاسيما اذا كان ذلك بعد عرض نفسها عليه وفيه
عود المعقود عليه وهو البضع اليها سالما ومقتضاه ان لا يجب لها شي
لاسيما اذا كان سواليها كالتقايل في البيع وليس فيه الا قياسان فكان
المرجع فيه النص وظاهر كلامه يدل على الرجوع الى النص انما كان التعارض
القياسين وليس الامر كذلك فانه لا اعتبار بالقياس مع وجود النص
وافق او خالف اما اذا خالف فهو متروك مردود واما اذا وافق فلان
الحكم في المنصوص ثابت عندنا بعين النص لا بالعلة ومنهم من قال انما نعمل
بالقياس ثبوتا وسقوطا فالقياس المقتضي بوجوب الكل يعمل به في ايجاب
النص والقياس الذي يقتضي اسقاط الكل يعمل به في اسقاط النصف عملا
بهما وهو مقتضى النص وفي الحواشي العمل بالقياس في معارضة النص
المخصوص جائز وهذا النص جاز قد خص منه الطلاق قبل الدخول بعد
الخلوة فيستقيم الرجوع الى النص المخصوص لتعذر القياس قلت لا يجوز
ترك النص المخصوص بالقياس وانما الجائز بالقياس زيادة التخصيص بعد
ما خص النص بدليل ولا يجوز تخصيصه بالقياس قبل ان يخص لما عرف في
اصول الفقه ثم قال ليس من شان التعارض بين القياسين تركهما الى العمل
باحدهما تلك الاصل ان الدليلين اذا تعارضا ولم يكن ترجيح احدهما على
الاخر تهاترا وتساقطا ولا يعمل باحدهما للترجيح من غير مرجح والنص
اوجب نصف المفروض بقوله وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد
فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفوا الذي
بيده عقدة النكاح والمس الجماع اجماعا ويلحق به الخلوة الصحيحة
على ما ياتي والفرض التقدير واختلف اهل العلم في الذي بيده عقدة
النكاح فذهب اصحابنا الى انه الزوج قال ابو بكر ابن المنذر في الاشراف
روينا ذلك عن علي ابن ابي طالب وعبد الله ابن عباس وجبير بن مطعم ونافع
بن جبير وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وشريح ومجاهد ومحمد بن كعب
وقتادة والربيع ونافع مولى ابن عمر والاوزاعي وابن شبرمة والضحاك
وابن شبرمة وابن جريج وابن حبان وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي

والنخعي

والنخعي وطاوس واياس بن معوية والثوري والليث والشافعي في الجديد
خلاف ما ذكر عنه الزمخشري وابن الخطيب في تفسيرهما وهو قول ابن
حنبل وهكذا ذكره ابو بكر الرازي وابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه والموفق
بن قدامه في المغني وقال علقمة والحسن وعطاء وعكرمة وابو الزياد
هو الولي وقال مالك هو الاب وحده وهو قول الشافعي في القديم
وللجد كالاب فيه وفي المغني وهو قول احمد القديم في حق الاب خاصة
بخمس شرايط ان يكون الذي بيده عقدة النكاح ابا والثانية ان
تكون صغيرة والثالثة بكرا والرابعة ان تكون مطلقة ولا يجوز عفو
الاب قبل الطلاق والخامسة ان يكون قبل الدخول وفي البسيط
على القديم يجوز باربع شرايط احداها في حق المجبر كالاب والجد وثانيها
ان تكون ممن لا تملك امر نفسها ثالثها ان يكون بعد الطلاق ورابعها ان
يكون دينا لا عينا وقال محمد لا فرق بين الدين والعين والدليل على
انه الزوج من تسعة عشر وجها الوجه الاول روى الدارقطني باسناده
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولي
العقدة الزوج والوجه الثاني قال الله تعالى واتوا النساء صدقاتهن
وقال فان طبن لكم عن شي منه نفسا فكلوه هنيا مريا وقال واتيتم احداهن
قنطارا فلا تاخذوا منه شيا وقال ولا تاخذوا مما اتيتموهن شيا وغيرها
من الايات فانها محكمة وهذه محتملة متشابهة فيرد المتشابه الى المحكم
ذكره الشيخ ابو بكر الرازي والوجه الثالث يجب ان يحمل المحتمل على ما يوافق
الاصول المجمع على صحتها ولا خلاف في ان الاب لا يهب شيا من مالها للزوج
ولا لغيره فكذا مهرها والوجه الرابع ان الولي والزوج سوا في عقدة
النكاح عند العقد ولا ينفرد احدهما بها دون الاخر وبعد العقد
عقدته بيد الزوج دون الولي فانه يتمكن من قطعها بالطلاق
ويبقيها بالامساك وليس الى الولي منه شي فكان الزوج احق بهذا
الاسم والوجه الخامس قال ابو اسحق الاستاذ اجمع الجمع على ان الولي لو
ابرا الزوج من مهرها قبل الطلاق لا يجوز وكذا عفوه بعده والوجه
السادس لو ابرا الولي زوجها بعد البينونة من دينها غير المهر لا
يجوز فكذا ابراوه من مهرها لانه مال لها مثله والوجه السابع لو ابراه
بنو عمها واخوتها واعمامها وهم اولياها وبايديهم عقدة النكاح

لا يصح اجماعا فكذا المنكح الاب بجامع عقدة النكاح بايديهما ورجح
شريح وطاوس ومجاهد وقالوا الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج
ذكره ابو بكر الرازي والاستاد ابو اسحق والوجه الثامن ان عليه جماعة
من الصحابة بخلاف قول مالك فكان الاخذ به اولى والوجه التاسع
الترجيح لقول الجمهور لسادات التابعين ومن بعدهم فالاخذ بقول
الجماهير والسواد الاعظم هو الطريقة المثلى لاسيما وقد رجع اليه
جماعة من السلف لما تبين لهم انه الحق والوجه العاشر ان سياق الاية
في الزوج والزوجة في قوله تعالى من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم العاشر
لهن فريضة وقد تعينت الزوجة فيها فكذا الزوج حتى لا تخرج
الاية عن سببها ونسقها وحسن نظامها فلا يكون فيها تنافر
والوجه الحادي عشر التمسك بقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى
انما يحسن ذلك من الزوج اما عفو الاب عن مهر صغيرة فلا يقال فيه
اقرب للتقوى وقال ابو منصور الماتريدي في تاويلات الزوج اقرب
الى الوفا بذلك والنحو في العفو والفضل وهو الذي لمسك الزم
الامساك بالمعروف او التسريح بالاحسان والوجه الثاني عشر
قوله تعالى ولا تنسوا الفضل بينكم خطاب للازواج والزوجات اي
باعطاء كل الصداق من الزوج زيادة على الواجب تكرما او ترك كله
من المراة والوجه الثالث عشر ان الاية في حق الزوجين وحقهما
في حقهما فكذا ما بينهما لانه لا ذكر للولي فيهما انما والوجه الرابع
عشر ليس فيما صرنا اليه تخصيص وفيما صاروا اليه اخراج جميع من
بيده عقدة النكاح من الارادة الا الاب وحده فكان ما قلنا احق واولى
والوجه الخامس عشر ان ارادة الولي تتوقف على خمسة شروط بغير
دليل وما قلنا لا تتوقف فكان اقوى واحق والوجه السادس عشر
الذي بيده عقدة النكاح الثابت له لا لغيره وهو الزوج دون الولي
كقوله تعالى ونهى النفس عن الهوى فان الجنة هي الماوى اي الهوى
الثابت له فيكون ماواه والوجه السابع عشر عن نافع بن جبير بن
مطعم انه طلق امراة قبل ان يدخل بها فاكمل صداقها وقال انا احق
بالعفو فقد دل انهم فهموا ذلك من الاية والقران نزل عليهم بلغتهم
وهم اعلم بمعانيه والوجه الثامن عشر قال ابو منصور الماتريدي واهل

السنة

السنة كان ذلك للاولياء دليله قول شعيب لموسى اني اريد ان انكحك احدى
ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج فشرط المهر لنفسه فاذا كان المهر
لنفسه جاز اسقاطه والوجه التاسع عشر فعل الزوج ذلك جائز
بالاجماع وفعل الولي تبرع بمال الصغيرة وهو محرم مع قطع النظر
عن الامة فحملها على الجائز دون المحرم هو الوجه والشيخ ناصر الدين ابن
المنير لنصرة مالك مذهب انه الولي بوجوه ستة احدها الذي
بيده عقدة النكاح ثلثة مستمر هو الولي اما الزوج فليس ذلك
له العقد المتقدم بل بعد الطلاق وليس من عقدة النكاح في شي
وحمله على ما بعد الطلاق مآول ثانيها الخطاب في الاول للزوجات
بقوله الا ان يعفون وفيهن من لا يصلح للعفو كالامة والصغيرة
فلولا استتمام التقسيم بذكر عفو المولى عن ابنته البكر وامته
لخرجنا عن ظاهر عموم الاول فقد صار الا ان معناه الا ان يعفون ان كن
اهلا للعفو او يعفو وليهن ان لم يكن اهلا ثالثها ان الاية على هذا
التقدير سداسية اقساما فيكون الخطاب للزوجات ثم الاولياء ثم
الازواج بقوله ولا تنسوا الفضل بينكم رابعها ان العفو المضاف
الى من بيده عقدة النكاح هو الاسقاط لغة كالاول اتفاقا ولو
كان المراد منه الزوج لتعين حمل العفو على الاعطاء وهذا يطابقه
من الاسما التفصيل لا العقود ثم اورد على نفسه سوالا فقال لا يقال
لعل الزوج عجل المهر كله ثم طلق فان كان له استرجاع النصف فقد
اسقطه لانا نقول فيه تقدير ما الاصل خلافه خامسها لو كان المراد
به الزوج لقال او يعفو الان صدر الاية خطاب للازواج فيكون ه
التفاتا من الخطاب الى الغيبة سادسها الا ان يعفون وما عطف عليه
استثنا من قوله فنصف ما فرضتم تقديره فنصف ما فرضتم واجب
عليكم واجب الا ان يعفو الزوجات فليس بواجب اما اذا حمل على الزوج صار
الكلام فنصف ما فرضتم واجب عليكم الا ان تكملوا المهر لهن ووجوب النصف
حينئذ يكون باقيا لدخوله في الكل فلا يجري الاستثنا على حقيقته ثم قال
لا يقال فنصف ما فرضتم واجب يفهم ان النصف ساقط الا ان يعفو
الزوج فلا يسقط وفيه من الكلفة بالسقوط لو سرده والجواب عن ذلك
اما الاول فممنوع بناه على اصله ونحن لا نسلم له ذلك وانما الولي بيده بعض

عقدة النكاح الا انه بلغ فاذا بلغت فلا شي بيده من عقدة النكاح ولان
سلمنا ذلك فقد ذكرنا ان الزوج مشارك له فيها ولانه الاب
مستقل بها بعد ذلك على ما تقدم واضح ولان ظاهر الاية يقتضي
التخيير ولا يتاتى ذلك الا على ما قلنا وعندهم لا يتاتى ذلك من الولي
الا عند التعذر من الزوجات ليس هذا في الاية وعن الثاني استتمام
القسمة حاصل بما ذكرناه ومعنى ذلك ان المهر كان واجبا بجملته فان
طلقها قبل الدخول صار الواجب النصف الا ان يعفون فيسقط
الكل او يعفو الزوج فيجب الكل فيكون وافيا بانواع الحكم وعلى ما
ذكرتم تسقط هذه الصورة وعن الثالث وهو قوله بتناسب اقسامها
فيكون الخطاب للزوجات ثم للاولياء ثم الازواج بقوله ولا تنسوا الفضل
بينكم باطل ثم المراد بهم الازواج والزوجات اذ لا فضل عن الازواج
بانفرادهم وعن الرابع وهو قوله المراد بعفو الزوجات الاسقاط
انتفا تام ممنوع وذلك من وجوه احدها انه يجوز ان يكون قبض المهر
بكماله قبل الطلاق فيجب عليهن رد ذلك وليس باسقاط ثانيها
يجوز ان يكون الصداق عبدا معينا او جارية او عروضا معينة ولا
يتصور فيها اسقاط وانما يوجد ذلك الاعطا وهبة ثالثها كانت
عادتهم سوق المهر اليها قبل الدخول بعد الزوج فاذا طلقها
قبل الدخول استحق عليها المطالبة بنصف ذلك فاذا ترك مطالبتها
لتبينها بذلك فقد عفا ورابعها ان ذلك خرج على وجه المشاكلة
خامسها العفو الفضل ولا شك ان هذا افضل من الزوج وفضل
منها ايضا ويدل عليه اخر الاية وهو قوله ولا تنسوا الفضل
بينكم يعني العفو سادسها ان العفو التسهيل كما في قوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شي فيكون المعنى ان الزوج يبعث بالصداق
على وجه السهولة سابعها ان العفو البدل لقوله تعالى فمن
عفي له اي بدل له وعن الخامس جوابان احدهما انه عدل عن الخطاب
عن الغيبة لسهو وهو التنبيه على المعنى الذي من اجله رغب الزوج
في العفو او يعفو الزوج الذي يحبسها زمانا عن الازواج بملك عقدة
نكاحها من غير ذنب منها ولا حصل له منها استمتاع ولا استحل عليها
خيره واحسانه وفارقها وقد حصل لها بذلك كسرة والم اذا لم تحفظ

منه

منه بطائل فلا جرم كان خفيفا بالاحسان اليها بان لا ينقص من صداقها
وتعفو هي وتترك ما اخذ منه شيا بل اترك له الكل والجواب الثاني [illegible]
الالتفات من انواع البدايع وقد التفت امرؤ القيس ثلاث التفاتات
في ثلاثة ابيات وقد تقدمت في اول الكتاب فكيف يرد على قائله
والجواب عن السادس ما تقدم عن الثاني في الجواب فائدة نحوية
نص سيبويه الرجال يعفون والنسا يعفون واحد في الصورة مختلف
في التقدير في الاول يعفون اصله يعفوون مثل يخرجون استثقلت
الضمة على الواو مع ضم ما قبلها فحذفت ثم حذفت الواو لالتقا الساكنين
وهي لام الفعل والواو الموجودة ضمير الجماعة وفي الثاني لام الفعل والنون
والنون ضمير جمع المؤنث وهو مبني وفي الاول ثبت رفعه باثبات النون
ونصبه وجزمه بحذفها **قوله** وان تزوجها ولم يسم لها مهرا
او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها
وفي البدايع يجب مهر المثل بنفس العقد عند عدم التسمية عندنا
حتى كان لها المطالبة به وكذا يجب المسمى بالعقد كله وبطلبه
ويسقط بالطلاق قبل الدخول نصفه وفي الوجيز في التفصيل قبل
الدخول وهو كالنكاح واجب كالمهر بعد الدخول والنصف قبله الا انه
يسقط كل المهر ويجب النصف بطريق المتعة لا بالعقد لكنها مقدرة بنصف
المهر ذكره في البدايع والمشهور الاول وقال ابو عمر الظاهر من مذهب
مالك انه لا يستحق من الصداق بالعقد الا نصفه ولو كان معينا وهلك
وطلقها قبل الدخول لم يكن عليها شي وعنه انها تستحق كل المهر كقول
الجماعة والمفوضة اذا ماتت او مات زوجها عنها فلا مهر لها وعليها العدة
ولها الميراث وفي البسيط في المفوضة يجب مهر المثل بالوطي عند
العراقيين في المراوزة وكذا بالعقد عند المراوزة ويسقط بالطلاق قبل
المسيس على المنصوص ولا يتشطر وفي البدايع لا يجب مهر المثل بلا خلاف
عندهم ويجب على الوفاة بالمسيس وخرج القاضي قولا خالف فيه الجمهور
وهو انا اذا قلنا لا يجب مهر المثل بالعقد لا يجب بالمسيس وفي المنهاج الاصح
انه لا يجب شي في المفوضة بنفس العقد فان وطي فمهر مثل ويعتبر
بحال العقد في الاصح ولو طلقها قبل الفرض والوطي فلا يتشطر واذا مات احدهما
قبل الفرض والوطي لم يجب مهر المثل في الاظهر وقال النواوي الاظهر وجوبه

وعند ابن حنبل يجب بموت احدهما في الصحيح ويجب بالدخول ولا يتشطر
بالطلاق قبل الدخول الا بعد الفرض وبقول مالك في المفوضة قول علي
ابن ابي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وهو قول الاوزاعي والليث والزهري
والشافعي ومذهبنا قول ابن مسعود رضي الله عنه وقضاؤه به قال
الحسن البصري ورواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره عنه ابو بكر
بن ابي شيبة في مصنفه والحسن بن حي وابن شبرمة وابن ابي ليلى والشا
فعي في رواية البويطي وابن حنبل واسحق بن راهويه وابو ثور ومحمد
بن جرير الطبري وداود فيما اذا كان ذكره وابن عباس ابطل النكاح
ذكره عنه في المحلى وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة عن ابن عباس لها نصف
الصداق او الصداق وشك ابو بكر بن ابي شيبة فيه وقال الشافعي
ان صح حديث بروع فلا حجة لاحد مع السنة لنا حديث علقمة
بن ابي مسعود سئل عن رجل تزوج امراة ولم يفرض ولم يمس فردده ثم
قال اقول فيها برأيي فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمني ومن الشيطان
ارى لها مهر امراة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة
ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال اشهد ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق امراة من بني رواس حي من بني حديث
عامر بن صعصعة رواه الخمسة وقال الترمذي حسن صحيح قال ابن المنذر
في الاشراف قد ثبت مثل قول ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وبه نقول وعن عبد الله بن عتبة بن مسعود ان عبد الله بن مسعود افتى في رجل
بهذا الخبر قال فاختلفوا اليه شهرا او قال مرات قال فاني اقول فيها
ان لها صداقا مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط وان لها الميراث
وعليها العدة فان يك صوابا فمن الله وان يكن خطأ فمني ومن الشيطان والله
ورسوله بريان فقام ناس من اشجع فيهم الجراح وابو سنان فقالوا يا ابن
مسعود نحن نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت
واشق وان زوجها هلال بن مرة الاشجعي كما قضيت ففرح عبد الله بن مسعود
فرحا شديدا حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه
ابو داود وبروع بكسر الباء الموحدة وسكون الراء وفتح الواو وبعدها
عين مهملة هو المشهور وقال بعضهم بروع بفتح الباء وقال بعضهم بروع
بكسر الباء والراء ساكنة وواشق بكسر الشين المعجمة وهلال بن مرة لم يذكره النمري

في

في كتاب الصحابة واستدرك عليه قال المنذري وذكر البيهقي عن عبد
الرحمن بن مهدي باسناد اخر صحيح وقال البيهقي جميع روايات هذا
الحديث اسانيدها صحاح وبروع على المشهور وروي عن رجل زوجه
رسول الله صلى الله عليه وسلم امراة ولم يسم لها مهرا وكان ممن شهد
الحديبية وكان ممن شهدها له سهم فلما حضرته الوفاة قال ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم افرض لها صداقا ولم
اعطها شيئا واني اشهدكم اني اعطيتها من صداقها سهمي فاخذت
سهما فباعته بمائة الف رواه ابو داود وفيه دليل على لزوم
الصداق وان لم يسم ولو طلقها قبل الدخول بها يعني ولم يسم
لها مهرا او فاسدا فلها المتعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن
وعطا وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري
والشافعي وابن حنبل في رواية جماعة عنه وعنه يجب مهر
المثل كما لو تزوجها على خمر او خنزير عنده وقال مالك المتعة
مستحبة وهو قول ابن ابي ليلى والليث لنا قوله تعالى ومتعوهن
والامر للوجوب واداء الواجب من الاحسان وفي المغني فان زوجها
بغير صداق بغير اذنها او فسدت التسمية فان مهر مثلها
يتنصف بالطلاق قبل الدخول وهو قول الشافعي وعنه لها
المتعة لا غير وهو قول ابي حنيفة واصحابه قال لان التسمية
اذا لم تكن صحيحة كانت كلا تسمية فصار كمفوضة البضع والمفوضة
بكسر الواو وفتحها **قوله** فلو طلقها قبل الدخول بها فلها
المتعة لقوله تعالى ومتعوهن ولقوله تعالى فمتعوهن ولقوله
تعالى فمتعوهن وسرحوهن ثم هذه المتعة واجبة عند الجمهور
وقال مالك والليث وابن ابي ليلى مستحبة وقال علي المتعة لكل
مطلقة وبه قال الزهري ومثله عن القاسم بن محمد وعندنا تجب
في صورتين في الطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية وعند
التسمية الفاسدة لانه لا يجب فيهما شيء غيرها اذا كان الطلاق
قبل الدخول تعلق مالك والليث بقوله تعالى حقا على المتقين حقا
على المحسنين والواجب لا يختلف فيه المحسن والمتقي وغيرهما ولنا
التمسك بالامر وبقوله حقا وبكلمة على كل واحد منهما للوجوب

واللزوم وذكر المتقين والمحسنين لتاكيد قوله تعالى انما انت منذر
من يخشاها مع انه منذر للكل لكن لما لم ينتفع به الا الخاشي صار
كانه لم ينذر غيره كذا فيما ذكرنا وما ذكره يلزمه ايضا فان المندوب
والمستحب لا يختلف فيه المحسن والمتقي وغيرهما وتاتي انواع
المتعة بعد هذا ان شا الله تعالى وهي ثلثة اثواب من كسوة مثلها
درع وخمار وملحفة وهكذا في البدايع وهو مروي عن الحسن
البصري وعامر الشعبي وسعيد بن المسيب وعطا وروي عن
عايشة وفي الذخيرة ثلثة اثواب قميص ومقنعة وملحفة وسط
لا جيد في غاية الجودة ولا ردي في غاية الرداه لا يزاد على نصف
مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم وفي الينابيع ان كانت
من السفلة متعها من الكرباس وان كانت من الوسط متعها من القز
وان كانت من مرتفعة الحال متعها من الابريسم قال هذا هو الصحيح
في المغني اعلاها خادم وروي ذلك عن ابن عباس كذا ذكره في
التبيين وادناها كسوة تجوز فيها الصلاة وان كان فقيرا متعها
درعا وخمارا او ثوبا يصلي فيه وقال الاوزاعي والثوري وعطا
ومالك وابو عبيد كقولنا وعن ابن حنبل في رواية يرجع فيها
الى الحاكم وهو احد قولي الشافعي وهو بعيد وروي عن عبد
الرحمن بن عوف انه طلق الكلبية وحممها جارية اي متعها
قال النخعي العرب تسمي المتعة التحميم وروي عن الحسن بن علي
انه طلق امراة ومتعها بعشرة الاف درهم فقالت متاع قليل
من حبيب مفارق وفي التلبيه قبل العرض والمسيس تجب المتعة
وبعد المتعة تجب مهر المثل وفي المتعة قولان وان وجب لها
نصف مهر المثل فلا متعة وفي المنهاج تجب متعة اذا لم يجب
نصف مهر المثل قبل الوطي وكذا الموطوءة وفي الاظهر مع مهر
المثل وفي الصحاح درع المراة قميصها وهو مذكر ودرع
الحديد مونث تصغيرها على غير قياس وهي تسع دراهم موزون
سدس من القياس وهو دوقوس وحرب درعها فوريا كذا
نصف عرس صحيح عرب والاجود في قدر تقدير وفي النافع هي درع اي
قميص وهو من القز الى القدم وخمار وملحفة قال وهو ماثور عن
ابن

ابن عباس **وقوله** من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهكذا
في الوري قال والصحيح انه يعتبر حاله وكذا ذكره المرغيناني
كما في الكتاب قال المتعة كرب ومعجز وخادم والمعجز ما تشد
المراة على راسها ذكره في الصحاح والخمار لا الازار الذي هو الملحفة
والكرسه القميص فارسي وفي البدايع ثم قيل تفسير المتعة
حاله وبه قال ابو يوسف وقيل يعتبر حالها وقيل في المتعة الواجبة
حالها لانها قايمة مقام مهر المثل وفي المستحبة بحاله قال
في الاية اشارة الى اعتبار حالهما وهو قوله بالمعروف فلو
اعتبرت بحاله وحده لسوينا بين الشريفة والوضيعة
في المتعة وذلك غير معروف بين الناس بل هو منكر ثم قال
المتعة الواجبة لا تزاد على نصف مهر مثلها ونصفه نهاية
المتعة اذ الحق عند صحة التسمية اكد لانه يوجب نصف
المسمى حتما والمتعة على قدر حاله وقد اختلفوا في وجوب مهر
المثل بعد موتهما فكذا قد اختلفوا في وجوبه مطلقا في وجوب
المسمى ونصفه ثم لا يزاد على نصف المسمى فلا يزاد على نصف مهر
المثل ولا ينقص عن خمسة دراهم اذ هي اقل عوض يثبت في النكاح
وتجب المتعة بالفرقة بالايلا واللعان والجب والعنة وكل
فرقة جاءت من قبله قبل الدخول بلا تسمية وكذا ردة الزوج
واباؤه الاسلام وكذا فرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فلا
متعة لها فيها كالردة والتقبيل والرضاع وخيار البلوغ
والعتق وعدم الكفاءة وكذا لو فسخه بخيار البلوغ وكذا لو
اشترى منكوحته من المولى او اشترى وكيله منه يسقط كله
والمتعة ولو باعها من رجل فاشتراها الزوج منه تجب نصف المهر
والمتعة ان لم يسم المهر وان اشتراها وكيله من وكيل المولى فلا شي فيه
وان ارتد الزوج او قبل امها بشهوة قبل الدخول تجب نصف
المهر والمتعة ان لم يكن به مسمى لان ذلك طلاق احكاما ذكر هذه
المسايل في الذخيرة لانه لا تجب فيها المهر وكذا المتعة وان اختارت
نفسها بتخيير الزوج فلها المتعة لانها من قبله ذكره في البدايع
وقال الشافعي في المتعة استحسن ان يكون ثلثين درهما كما قال

في الشفعة استحسن ان يثبت الشفيع الشفعة الى ثلثة ايام قال
واستحسن ان حلف على المصحف قال واستحسن ان حلف بعد العصر
يوم الجمعة وغير ذلك وقد قال من قال بالاستحسان وقد قالت الائمة
قائلهم بالاستحسان في الاستصناع ودخول الحمام واستحسانه
المذكور عندنا غير معمول به اذ ليس له مستند شرعي والاستحسان
عندنا احد القياسين وهو القياس الخفي الذي ظهر اثره فسمي
استحسانا اي وهو قياس خفي مستحسن ذكره شمس الائمة السرخسي
في المبسوط واصول الفقه وقد ذكرت هذه المسئلة مستوعبة
في مسئلة تحريم لحم الخيل **قوله** وان تزوجها ولم يسم لها مهرا
ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها وهو اجماع
وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة، وفي البدايع لو طلبت
من الزوج الفرض يجب على مهر المثل فان لم يفعل ناب القاضي منابه
في الفرض وكذا لها ان تمنع نفسها حتى يفرض ويسلم اليها ولها
المتعة ان طلقها قبل الدخول بها والخلوة وهو قول ابي حنيفة
ومحمد وابي يوسف في قوله المرجوع اليه وهو رواية عن
ابن حنبل تنصف المفروض كالمسمى وهو قول ابن عمر وعطا
والشعبي والنخعي واحتجوا بقوله تعالى فنصف ما فرضتم
ولنا قوله تعالى ومتعوهن والفرض المطلق ينصرف الى المتعارف
بين الناس وهو المقدر الذي في العقد ولا يتناول غيره لان
المطلق لا عموم له وقالوا كلمة ما التي هي بمعنى الذي لا عموم
لها عندهم بخلاف الشرطية والاستفهامية ولان الواجب
قبل الفرض الغصاص على ماله وان حط عن مهرها صح الحط به
من تمم المسمى وهو اجماع **قوله** واذا خلا بامراته وليس هناك
مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال مهرها قال ابو بكر ابن المنذر
في الاشراف وابو بكر ابن ابي شيبة في مصنفه وابو بكر الرازي
في احكام القران هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلي بن ابي
طالب وزيد بن ثابت وعبد الله ابن عمر وجابر ومعاذ وبه قال
عروة بن الزبير وعلي بن الحسين وزين العابدين وسعيد بن المسيب
والزهري والنخعي والاوزاعي والثوري واحمد بن حنبل واسحق
بن

بن راهويه وقد تقدم قول الشافعي وحكى الحافظ ابو جعفر
الطحاوي انه اجماع الصحابة وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو
اتفاق الصدر الاول وروى ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه عن عوف
عن زرارة بن ابي اوفى قال سمعته يقول قضى الخلفا الراشدون
المهديون ان من اغلق بابا وارخى سترا فقد وجب المهر
ووجبت العدة ومثله في رواية الشيخ ابي بكر الرازي
وقال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين وابو ثور
والشافعي في الجديد لا يجب بها كمال المهر قال ابو بكر الرازي
وابو بكر بن المنذر وروي عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما
مثله قالا لا يصح ذلك عنهما الا ان في حديث ابن عباس ليث ابن ابي سليم
وهو ضعيف وقال ابن قدامة في المغني وقد روى حنظلة عن طاوس
ابن عباس خلاف هذا وهو اقوى من ليث وحديث ابن مسعود
منقطع هكذا قالا وقال مالك ان خلا بها في منزلها فلها نصف
المهر وان خلا بها في منزله فلها المهر كله ذكره عنه في الاشراف
وذكره الشيخ ابو بكر الرازي عنه انه قال ان تطاول ذلك وجب
المهر كاملا وفي الجواهر ان طال المقام تقرر الكمال في احدى
القولين ثم قيل مدة الطول سنة وقيل ما يعد طولا في خلق العادة
وفي خلوة الزيادة اذا تصادقا على نفي الوطي لا يتقرر عند الجميع
وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة قال عمر اذا اغلقوا بابا وارخوا سترا
وكشف خمارا فقد وجب الصداق وفيه عن ابراهيم عن عمر مثله
وزاد وخلا بها وفيه وعن جابر اذا نظر الى فرجها ثم طلقها فلها
الصداق وعليها العدة وعنه صلى الله عليه وسلم انه قال من كشف
خمار امراة ونظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل رواه
الدارقطني والشيخ ابو بكر الرازي في احكامه ولان المراة ليس من
وسعها الا التمكين من نفسها وقد وجد منها فوجب ان يتقرر به
مهرها كالبايع اذا خلا بين المشتري والمبيع وكالاجير اذا خلى بين
المستاجر والمستاجر فان الثمن والاجرة تتقرر بها كوجود القبض
الحكمي كذا هنا وقال شريح يجب بها العدة ولا يتاكد بها المهر
ذكره في النيف وقال اصل المتعة خادم واما قوله تعالى من قبل ان تمسوهن

فيجوز ان يكون بنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة وكذا الافضا
هو الخلوة لانه ماخوذ من الفضا وهو المكان الخالي ولانه امر حكمي
على ما ذكرنا واغلقوا بابا هو الصحيح وجا غلقت الباب وباب مغلوق في
لغة ردية ذكرها في الصحاح وغلقت الابواب شاذ لانه جا من رباعي
وفي الذخيرة ثم ان الاصحاب اقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطي
في حق بعض الاحكام دون بعض فاقاموها مقامه في حق تاكد المهر
المسمى في العقد وتاكد مهر المثل المفروض وفي حق ثبوت النسب
ووجوب العدة والنفقة والسكنى في هذه العدة وحرمة
نكاح اختها وحرمة نكاح اربع سواها وحرمة نكاح الامة على قياس
قول ابي حنيفة ومراعات وقت الطلاق في حقها ولم يقيموها مقام
الوطي في حق الاحصان وحرمة البنات وحلها للاول والرجعة في
والميراث وبه قال الثوري واما وقوع طلاق اخر فقد قيل لا يقع وقيل
يقع وهو اقرب للصواب لانه الاحتياط ثم هذا الطلاق هل يكون
رجعيا او باينا قال شيخ الاسلام في باب العنين يكون باينا وفي المغني
له الرجعة عند ابن حنبل ولا غسل عليهما ولا تخرج بها عن العنة
ولا يحصل به الفي في الايلا ولا تفسد به العبادات ولا تجب به الكفارة
ولو قبلها او باشرها من غير خلوة ثم طلقها فعليه نصف مهر عندنا
وعند ابن حنبل يجب عليه المهر كاملا **قوله** وان كان احدهما مريضا
او صايما في رمضان او محرما في الحج فرضا او نفلا او عمرة او كانت حايضا
او نفسا او صغيرة لا تحتمل الوطي الجماع او صغيرا كذلك وفي الينابيع او طفلا
او شيخا لا يمكن جماعها ه وفي التتمة صغير يقدر على الايلاج لا تجب
بخلوته كمال المهر وقال شرف الايمة اذا كان يشتهي ويتحرك ينبغي ان
يكمل وقال الحدادي يتاكد بها فليست الخلوة صحيحة اعلم ان المهر يكمل
باحد امور ثلثة بالدخول وبموت احد الزوجين وبالخلوة الصحيحة
على ما ذكرنا وتفسد الخلوة بموانع ثلثة بانواع حقيقي وشرعي وطبعي
على ما ياتي تفصيله وهو قول شريح وابي ثور واخرين وقال ابن حنبل
لا يمنع الاحرام والصيام والحيض والنفاس وغيرها من صحة الخلوة
وكذا لا يمنع المانع الحقيقي كالجب والعنة والرتق والقرن لما روي
عن الصحابة والسلف وعنه انه لا يكمل كقولنا وعنه انه فرق بين

صوم

صوم رمضان في حق المقيم وبين غيره وهذه الموانع اذا كانت فيها
فالتسليم ناقص فلا يتكمل به وان كانت فيه فكذلك اذ في وسعها التسليم
ناقص فلا يتكمل به وان كانت فيه فكذلك اذ في وسعها التسليم الكامل
بعد زوال هذه الموانع فلا يكتفي بالناقص والمرض المراد منه ما
يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يتعدى عن تكسر وفتور
والتفصيل في مرضها وفي الذخيرة مرضها متنوع بالاخلاف
واختلفوا في مرضه قيل متنوع وقيل جميع انواعه مانع على كل حال
وفي جوامع الفقه مرضه او مرضها يمنع اذا كان يضره الجماع وقال
الصدر الشهيد يمنع جميع انواعه هو الصحيح وصوم رمضان
مانع بلا خلاف لما يلزمه من القضا والكفارة والاحرام بالحج فرضه
ونفله مانع بلا خلاف بالاتفاق وكذا الاحرام بالعمرة لما يلزمه
في ذلك من الدم وفساد النسك والقضا والحيض والنفاس مانعان
طبعا وشرعا وان كان احدهما صايما تطوعا فلها المهر كله
لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى قال وهذا
القول في المهر هو الصحيح وفي جوامع الفقه قيل صوم النفل
بعد الزوال يمنع والنذر كالنفل بخلاف الفرض والقضا
والرتق والحيض والاحرام وفي الكتاب وصوم القضا والمنذور
كالتطوع في رواية لعدم الكفارة فيهما وفي البدايع روى
بشر عن ابي يوسف ان صوم النفل وقضا رمضان والكفارات
والنذور لا يمنع الخلوة وذكر الحاكم الجليل في مختصره ان نفل
الصوم كفرضه قال فكان في المسئلة روايتان وفي النافع في
صوم التطوع والكفارة روايتان بالقطع وقال القدوري
الصحيح ان التطوع والقضا والنذر لا يمنع صحة الخلوة والصلوة
كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله وفي العيون الحايض
او المحرمة اذا جاءت بولد يجب المهر بذلك كاملا وفي البدايع المانع
الحقيقي كالمرض والقرن والرتق ونحوها والشرعي كالصوم والصلاة
واحرام الحج والعمرة والحيض والنفاس شرعا وطبعا للنجاسة والنفرة
من الاذى والطبعي ان يكون معهما ثالث وسوا كان الثالث بصيرا او
اعمى يقظان او نايما بالغا او صبيا عاقلا رجلا او امراة اجنبية
او منكوحة اذ الاعمى يحس والنايم يحتمل ان يستيقظ كل ساعة او يكون

مساوما وفي الذخيرة اذا كان معهما ثالث لا يصح الخلوة الا ان يكون
صغيرا لا يعقل يعني ممن لا يشعر بذلك او مغمى عليه والمجنون كالصبي
وقيل مع المجنون والمغمى عليه لا يصح الخلوة وان كانت معه زوجته
الاخرى لا يصح عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقد رجع اليه
وكان قد افتى بالرقة بصحتها ثم رجع قال هشام كان محمد يرى له
ان يطاها بحضرة الاخرى ثم رجع وفي خزانة الاكمل لو كان في الثلث
عشر جوار حل له وطيهن لا تنقض بالخلوة وان كانت معهما امراة
واحده وطيها عليه حرام لا يصح الخلوة معهما والضرة لا تنقض بالخلوة
قال محمد كنت قلت بالرقة هذا ثم رجعت عنه وقلت يكره ان يطا
احدي امراتيه بحضرة الاخرى وفي جوامع الفقه في الظاهر
جاريتها تمنع الصحة كالاجنبية بخلاف جاريته وفي الذخيرة
ان كان معهما كلب عقور لا تصح الخلوة وان لم يكن عقورا ان كان
للمراة فكذلك وان كان للزوج تصح الخلوة معه والمكان الذي
يقع فيه الخلوة على قسمين منه ما تصح فيه الخلوة ومنه ما لا
يصح كالمسجد والطريق الاعظم والحمام وكان شداد يقول
يكون في المسجد والحمام تصح اذا كانت في الظلمة وهي كالستر
وفي المنتقى ابراهيم عن محمد في رجل ذهب بامراة الى رستاق فتخلى
بالليل في طريق الجادة لا يكون خلوة وان عدل بها عن الطريق
الى مكان خال كان خلوة ولو حج بها او نزل في مفازة من غير خيمة
فليس بخلوة وكذا في الجبل ولو كانا في بيت غير مسقف فهو
خلوة وكذا على سطح الدار ذكره في المنتقى مطلقا قالوا اذا لم يكن
في جوانبه شيار لا يكون خلوة وكذا ذكره القدوري في شرحه
وعلى قياس ما قال شداد في المسجد والحمام يكون خلوة اذا كان في ظلمة
وكذا السطح في الظلمة وهشام عن محمد خلا بها في بستان ليس
عليه باب لا يكون خلوة وفي المحمل عليه قبة مضروبة ليلا او نهارا
او هو يقدر على وطيها فهو خلوة ولو كان بينهما وبين السايرين
ثوب رقيق قال ابو يوسف لا تصح الخلوة وكذا الستر القصير
بحيث لو قام راهما او لو دخلت عليه ولم يعرفها ثم خرجت او دخل
هو عليها ولم يعرف لا يكون خلوة كذا اختار ابو الليث وقال
الفقيه ابو بكر يكون خلوة ولو ردت امها الباب ولم تغلق وهما في

خان

خان لسكنة الناس والناس قعود في ساحة الخان ينظرون من بعيد
ان كانوا مترصدين لهما بالنظر لا يكون خلوة واما النظر من البعد
والقعود في الساحة من غير ترصد للنظر فلا يمنع الخلوة لانهم لا يقدرون
على الانتقال الى زاوية وعلى ستره لا يقع ابصارهم عليها وقد قيل
لو كان البيت في دار بابه مفتوح لا يدخله احد الا باذن تصح الخلوة
وفي البدايع الخلوة في الحجلة والقبة صحيحة قال لامراته ان خلوت
بك فانت طالق فخلا بها وقع الطلاق ووجب نصف المهر **فرع**
في المحيط قيل يدخل بها اذا بلغت وقيل اذا كانت بنت تسع وقيل ان كانت
سمينة جسيمة تطيق الجماع والا فلا هكذا روي عن محمد وهكذا
اختلفوا في وقت الخيار وقيل لا تخير حتى تبلغ لانه للطهارة ولا طها
رة عليها حتى تبلغ **قوله** واذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها
فلها كمال مهرها عند ابي حنيفة وزفر ذكره في العيون وبه قال
عطا وابن ابي ليلى والثوري على اصلهم ان الموانع الحقيقية والشرعية
لا تمنع صحة الخلوة وهو قول ابن حنبل وقد ذكرنا ذلك وقال ابو يوسف
ومحمد لها نصفه لقيام المانع الحقيقي وهو العجز من الوطي ولابي
حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق المستحق اذ الوطي غير موجود
منه وقد اتت باقصى ما في وسعها من التمكين الذي يقام مقام التسليم
فاشبه العنين في كمال المهر قال في الحواشي وليس كالمريض والزوج
محرم او صايم بعرض او مريض او عنين لان في وسعها التسليم التام
بعد زوال هذه العوارض ولنا ذكرنا ان في العنين يكمل المهر وفي النافع
المجبوب الذي استوصل ذكره وخصيتاه والجب القطع وفي المصفى
المجبوب مقطوع الذكر والخصيتين وفي الاسبيجابي والوبري المجبوب
هو الذي قطع ذكره ولم يذكر قطع الانثيين والظاهر انه ليس بشرط
وفي البدايع خلوة العنين والخصي صحيحة لانهما يمنعان الجماع كخلوة
غيرهما وفي القنية صحة خلوة العنين اجماع ومثله في التحفة والعيون
وفي المبسوط في اختلاف زفر ويعقوب زوج امته فوجدته عنينا
فالخصومة فيها للمولى عند ابي يوسف وعند زفر اليها قال ابو يوسف
ان المولى يحتاج الى تاكيد حقه في المهر فدل ان خلوته غير صحيحة وخلوة
المجبوب تصح عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ان امراته جاءت بولد ثبت

نسبه منه واستحقت كمال المهر بالاتفاق **قوله** وعليها العدة
في هذه المسايل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل ولهذا يثبت
النسب مع هذه الموانع بعد الخلوة ووجب المهر كاملا وان لم يخل
بها فلا عدة عليها بالاجماع والعدة حق الشرع والولد قال وذكر
القدوري في شرحه ان كان المانع شرعيا تجب العدة لانه يتمكن حقيقة
وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لعدم التمكن حقيقة وفي
الاسبيجابي والوري عليها العدة مع نصف المهر عندهما وفي
الوري عليها العدة في قولهم جميعا بالخلوة وفي المدايع لا اشكال
في وجوب العدة على قول ابي حنيفة اما على قولهما فقد ذكر الكرخي
انها تجب عندهما ايضا وعن ابي يوسف ان كان يترك بجنون ان كان
لا يترك فلا عدة عليها وان جات بولد لاقل من سنتين ثبت نسبه
قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي
التي طلقها زوجها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا وفي بعض النسخ
ولم يسم لها مهرا وفي النافع وقع الاشتباه هنا في الاستثنا وفي
صدر الكلام اما الاستثنا فانه ذكر في المبسوط والمختصر ان المتعة
تستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا فيتعذر
الاستثنا على هذا واما في صدر الكلام فلان المتعة واجبة للتي طلقها
قبل الدخول ولم يسم لها مهرا قال والجواب ان المتعة في الاشتباه ليست
بمستحبة عند القدوري فقد ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة
فالواجبة التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا والمستحبة لكل
مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا ووجب
ان نصف المهر ووجب لها بطريق المتعة على ما بين فلا تستحب المتعة
مع متعة اخرى وفي التحفة والغنية ان المتعة تستحب لكل مطلقة
ولم تستحق بالطلاق كل المهر ولا نصفه والمراد من قوله لكل مطلقة
غير التي يجب لها المتعة لانه بين حكمها قبل هذا فعني وايره صدر
الكلام من استثناه تحريا للصواب فاطلق لفظة الاستحباب
على الواجب كالطلاق الواجب على المفروض فالحاصل ان المطلقات اربعة
مطلقة قبل الدخول والتسمية والمتعة لها واجبة ومطلقة بعد
الدخول وقد سمي لها مهرا ومطلقة بعده ولم يسم لها مهرا

فالمتعة

فالمتعة مستحبة لهما ومطلقة قبل الدخول بعد التسمية وهي التي لا
يستحب لها المتعة كما ذكرنا قال وهذا اما صل ما خصه الشيخ بدر الدين
والشيخ حميد الدين وعن القدوري يستحب لها المتعة ايضا **وقوله**
ونصف المهر طريقه المتعة وهو اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا
ان الطلاق قبل الدخول يسقط جميع المسمى وانما وجب نصفه بطريق
المتعة فلا يستحب غيره فكان من باب الفصل المبتدا والمتعة خلف عن
مهر المثل في المفوضة اذ مهر المثل لم يتنصف لجهالته فكانت خلفا
عنه فحينئذ وجوبها بنكاح لا يجب فيه شي اخر وهو غير جائز الا في
مشروعية الطلاق وفي بعض مشكلات القدوري ان المتع اربع
واحدة واجبة كما تقدم وواحدة سنة وهي التي طلقها بعد
الدخول وقد سمي لها مهرا وهو فعل اكابر اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم وواحدة منها مستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول
ولم يسم لها شيا فظاهر مثلها مع متعة مستحبة وهي دون السنة
لبدل الزوج بدون تسمية المهر وواحدة منها لا سنة ولا
مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا وفي الينابيع
ذكر الاوزجندي كما ذكرنا اولا وذكر الكرخي انها تجب اذا لم تستحق
بالطلاق مهرا ولا نصفه وتستحب لكل مطلقة في قول اصحابنا جميعا
وكذا ذكره الرازي فثبت ان المذكور في الكتاب غلط من الكاتب
وفي النهاية المطلقات على ثلثة اقسام مطلقة قبل الدخول
والتسمية والفرض فهي تستحق المتعة والثانية التي فرض لها الصداق
فطلقت قبل المسيس فلها نصف المفروض او نصف المسمى في اصل
العقد ولا متعة لها في ظاهر المذهب والثالثة هي التي استقر لها
مهر بالمسيس ثم طلقها ففي وجوب المتعة لها قولان والمنصوص
عليه في الجديد استحبابا قال لان ما سلم لها من جميع المهر في مقابلة
البضع لا في مقابلة العقد والطلاق قلت هذا بعيد لان مع وجوب
نصف المهر او نصف المفروض اذا لم تستحق المتعة فمع وجوب جميع
المهر والمفروض بعد الاستقرار اولى ان لا تستحق **وقوله** انما سلم
لها من جميع المسمى او المفروض انما هو في مقابلة منفعة البضع لا في مقابلة
العقد باطل لانه لو كان كذلك لما جاز الخلع على جميع المسمى قبل الوطي

ولا اجبر على الفرض بطلبها قبل الوطي وانما هو شرط استقرار كل المهر
بالعقد قال واذا جمعنا المطلقات فاردنا نظم الاقوال فاذا هي
ثلثة اقوال احدها لا متعة الا للتي طلقت قبل المسيس ولم يفرض
لها وهي المفوضة القول الثاني ان لكل مطلقة متعة واستبعدوه
وهو مروي عن علي ابن ابي طالب كرم الله وجهه وفي المغني لا تجب
المتعة مع الفرض ولا مع المسمى عند العقد اذا طلقها قبل
الدخول وان طلق المفوضة بعد الدخول وقد فرض لها او لم يفرض
الفرض فلا متعة لها ولكن لها مهر المثل في ظاهر المذهب ويستحب
لكل مطلقة غير التي يجب لها وهي الاولى والمتوفى عنها زوجها
لا متعة لها بالاجماع **قوله** واذا زوج الرجل بنته على ان
يزوجه الرجل بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا
عن الاخر فالعقدان جائزان وفي البدايع او يزوجه امته على
ان يزوجه الاخر امته وهذه التسمية فاسدة لان كل واحد
منهما جعل بضع كل واحدة مهرا للاخرى والبضع ليس بمال
ولهذا لا يجوز بيعه ولا اجارته فيجب مهر المثل لكل واحدة والنكاح
صحيح وفي المحيط صورته ان يزوجه ابنته على ان يزوجه الاخر
ابنته على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى فيصح
النكاح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل عندنا صداقا للاخرى
فيصح النكاح وفي الجواهر قال زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك
وبضع كل واحدة صداقا للاخرى وفي المحيط لو لم يقولا على ان
يكون بضع كل واحدة صداقا للاخرى جاز النكاح بالاجماع ولا
يكون شغارا قلت ليس كما ذكره ولو زوجه بنته من رجل على ان
يكون نصفه لفلان فلا رواية فيه قيل يجوز لانه ملكه جميع
البضع ثم شرط ان يكون نصفه لغيره فيبطل الشرط ويصح النكاح
لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة وقيل لا يجوز النكاح للاشتراك
كما لو زوجها من اثنين فان زوجه بنته بالف على ان يزوجه بنته
بالف جاز النكاح بالمسمى فان لم يزوجه الاخر فللمزوج تمام مهر
مثلها لفوات المنفعة المقصودة الذي للرحم المحرم وان كانت
المنفعة لاجنبي لا يكمل مهرها عند فواتها وفي المنهاج زوجتكها

علي

١٧٥
190

على ان تزوجني بنتك وبضع كل واحدة صداق الاخرى فيقبل فهو الشغار
فان لم يجعل البضع صداقا فالاصح الصحة وفي البسيط فالصحيح الصحة
ولو قال زوجتك ابنتي بالف وبضع كل واحدة صداق الاخرى قال
في المنهاج بطل في الاصح وفي البسيط فيه وجهان احدهما البطلان
قال ونحوه وهو ضعيف وفي المغني اذا شرط في نكاح احداهما
تزويج الاخرى فقد جعل بضع كل واحدة منهما صداق الاخرى
قلت قول صاحب المحيط والبدايع واقوال اصحاب الايمة الثلاثة
ومن قبلهم في هذه المسئلة ان كل واحدة منهما جعل بضع ابنته صداقا
للاخرى سهو وغلط لا يرد لان بضع كل واحدة اذا كان صداقا
وهو عوض عن المعقود عليه اذ الصداق معقود به لا معقود
عليه فعلى عبارتهم لا يبقى هناك معقود عليه وفي الحواشي لانه
جعل ابنته منكوحة للاخر وصداقا لابنته فاقتضى ذلك انقسام
منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف منها منكوحا للزوج
لكونه معقودا عليه ونصفه لابنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك
في البضع والانفصال عنه يأتي عن قريب وقال عطا وعمرو ابن دينار
ومكحول والزهري والثوري نكاح الشغار جائز ولكل واحدة صداق
مثلها وقال الاوزاعي ان كانا دخلا بهما فلهما مهر مثلهما وقبل الدخول
يفسخ ويستقبل العقد ذكر ذلك كله في الاشراف ومصنف ابي بكر بن
ابي شيبة وقال مالك والشافعي واسحق وابن حنبل ان جعل بضع كل واحدة
صداق الاخرى لم يصح النكاح ثم ان اصحاب الايمة الثلاثة اختلفوا في
مذاهب ايمتهم اختلافا كثيرا فحكموا في بعض الصور بالفساد وفي بعضها
بالصحة وفي بعضها رجحوا الصحة وفي بعضها الفساد وفي بعضها اضطربوا
في الحكم بالصحة والفساد ففي الجواهر المشهور ان فساد العقد لا يتعدى
الى فساد النكاح ومن نكح بمغصوب لا يفسخ بعد الدخول ووجب صداق
مثلها وقال ابن القاسم يغرم المثل في المثلي والقيمة في غيره وقيل بل يغرم
المثل ايضا ولو نكح على ما لا يجوز بيعه لتحريم او لغرر كالخمر والخنزير والميتة
والعبد الابق والشارد فلا يفسخ النكاح على المشهور ولا يتعدى الفساد
الى العقد بفساد الصداق ومثله المغصوب وبالدخول يثبت الصداق الصحيح
وهو صداق المثل ويبطل الفساد فصار ذلك والعيب الموجب لرد المبيع

ولو لم يجعلا بضع كل واحدة صداقا للاخرى فسخ على المذهب ولو سمى لكل واحدة
صداقا لا يفسخ بعد البنا واختلفوا قبله وفي البسيط قال زوجتك ابنتي
على ان تزوجني ابنتك فاذا انعقد نكاح ابنتك انعقد نكاح ابنتي بطل
التعليق وعليه حمل العقال التمنع عن الشغار قال وهو متقارب جدا
اذ ابطال نكاح الشغار في غير التعليق لا يشهد له القياس والمستند
الخبر ولا تعويل الا عليه اذ الخلو عن المهر لا يبطله وشرط اخر في النكاح
شرط فاسد والشروط الفاسدة لا يبطل النكاح والاشتراك في البضع
ليس اشتراكا بطريق الزوجية والا هو تمليك بطريق العوضية وذلك
غير متصور وليرجع الى المهر انتهى كلام امام الحرمين وفي المغنى ان
سميا لكل واحدة صداقا فمع ذلك فقال احدهما زوجتك ابنتي على ان
تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة مائة او قال مهر ابنتي مائة ومهر
ابنتك خمسون او اقل او اكثر قال ابن قدامة فالمنصوص عن احمد ابن حنبل
فيما وقفنا عليه صحته وقال ابن حزم الظاهري في المحلى في شرح المجلى
نكاح الشغار باطل ذكرا لهما صداقا او لم يذكرا ويفسخ ابدا ولا نفقة
ولا صداق ولا عدة ولا شي من احكام الزوجية وحد كاملا مع العلم بالحرمة
وتعلق بما روى ان عباس ابن عبد الله ابن عباس انكح ابنته عبد الرحمن بن
الحكم ابن ابي العاص بن امية وانكحه عبد الرحمن ابنته وكانا قد جعلا
صداقا فكتب معوية الى مروان يامره بالتفريق وقال هذا هو الشغار
الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن حزم فارتفع الاشكال
جملة والحمد لله رب العالمين وهذا خبر صحيح واحتج الايمة الثلاثة بحديث
نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار ان
تزوج الرجل ابنته على ان يزوجه الاخر ابنته وليس بينهما صداق رواه
الجماعة لكن لم يذكر الترمذي تفسير الشغار ونقله ابو داود من كلام
نافع مولى ابن عمر قال ابو داود وزاد مسدد في حديثه قلت لنافع ما
الشغار قال ينكح ابنة الرجل وينكحه الاخر ابنته بغير صداق قال
صاحب المنتقى وهو كذلك في رواية متفق عليها وعن عبد الله بن عمر ان حسين
عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وعن سعيد عن عمله قال كانوا يكرهون
الشغار وهو الرجل يزوج الرجل على ان يزوجه بغير مهر اما قول الطحا
هرية فهو خلاف الاجماع ولا يعتد في الاجماع بخلافهم وقوله هذا خبر

صحيح

صحيح في خبر معوية باطل لانه رواه عن ابي داود من طريق محمد بن اسحق
صاحب المغازي وحاله مكشوف والرواية المتفق عليها ليس بينهما صداق
وقول معوية يدل على انحصار الشغار في التي سمي لهما صداق وهو متروك
بالاجماع وكذا عنده فانه يتحقق الشغار عنده من ترك ذكر الصداق
وهذا منه قلة ديانة وتخليط وقد تكرر منه في المحلى انه لا يعمل بقول الصحابي
فكيف يحتج بقول معوية الذي لا صحة له ويحكم بصحته مع علمه ان الراوي
له ضعيف ويحتج له بمذهبه بما ليس بحجة عنده ولهذا هو التخليط ومما
يستحي من الله ان يحتج على خصمه بما ليس بحجة ويحكم على الضعيف بالصحة
مع روايته عن الضعيف المدلس ويصرح مع علمه بحال الراوي له وهذا
هو قلة الديانة والشغار بكسر الشين المعجمة وبالغين المعجمة هو من
انكحة الجاهلية من غير ان يجب صداق في الحال ولا في الثاني وهو من
الشغور وهو الخلو فان كان المهر مسمى فيه فان الخلوة وكذا اذا وجب
لهما مهر مثلهما يقال شغر البلد اذا خلا من الناس وبلدة شاغرة اذا
لم يمنع من غارة احد ذكر ذلك الجوهري في الصحاح وهذا النكاح قد
خلا عن المهر يعني عن عادة الجاهلية ولهذا قال صلى الله عليه وسلم
لا شغار في الاسلام كما ذكرنا وقيل هو من الرفع يقال شغر الكلب اذا
رفع رجله ليبول وفيه قولان قيل سمي به لانتفاء رفعا المهر من العقد
وقيل معناه لا ترفع رجل ابنتي حتى ارفع رجل بنتك لان ايمة الجاهلية
ذكره الغزالي في البسيط والوسيط وقيل الشغار البعد فكانه بعد
عن الحق في نفي المهر واشغر في الفلاة ابعد فيها وقال ابو عبيد شغرت
بني فلان من موضع كذا اذا اخرجتهم واشغر العدد ذكره التسع
وفي تكملة الصحاح للصاغاني شغرت رجلي في القريب اي علوت الكاس
في صفطه وفيه ايضا شغر الرجل المراة رجلها للجماع والشغار العداوة
والشغارة التذاحد وشغار مثل خطام لعب مرارة والنهي الوارد فيه
انما كان من اجل خلايه عن تسمية المهر وتركه بالكلية على عادة الجاهلية
لا لعين النكاح فاشبه البيع وقت النداء والنكاح لا يبطله خلوه عن تسمية
المهر كالمفوضة ولا فساد تسمية كالصداق المجهول وملك الغير والابق
ولا بتسمية ما ليس بمال كالميتة والدم ولا بتسمية ما ليس بمتقوم كالخمر
والخنزير وقد نص امام الحرمين على ان خلوه لا يبطله ولا شرط اخر

بصحته

في النكاح لانه شرط فاسد والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة وقول
الشافعي جعل بضع كل واحدة نكاحا وصداقا فلا يصح قلنا هذا لا حاصل له
اذا لم يجتمع النكاح والصداق في بضع واحد لعدم صلاحية البضع صداقا
والانفصال عنه ان الاشتراك فيه انما يثبت عند استحقاق نصف البضع
بحكم الصداق لا وجه له بل يجب فيه صداق كامل في مقابلة منفعة جميع البضع
فلا يتحقق الاشتراك اصلا ولهذا قال امام الحرمين ولا تعويل الا على الحديث
وقد بينا ان النهي في الحديث محمول على الكراهية كما قال سويد ابن غفلة
كانوا يكرهون نكاح الشغار وقال عطا المشاغران يقران على نكاحهما
ويوخذ لكل واحدة صداق وما فهم السلف من الشغار الا الخلو عن الصداق
لا الاشتراك في البضع ولا التعليق بالشرط وعلى عادة الجاهلية في عدم
ايجاب مهر المثل فيه **قوله** وان تزوج حر امراة على خدمته سنة
او على تعليم القران فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وان
تزوج عبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته سنة اما
التزوج على تعليم القران فانه يجب فيه مهر المثل ولا يصلح صداقا عندنا
قال مكحول والليث ومالك واسحق واحدى الروايتين عن ابن حنبل واختيار
ابي بكر من الحنابلة وابي الفرج ابن الجوزي في التحقيق لانه عبادة وليس
بمال وشرع النكاح بابتغا المال فصار كالصوم والصلاة وتعليم الايمان
ومعنى حديث الواهبة نفسها وقوله زوجتكها بما معك من القران اي
من اجل انك من اهل القران او ببركة ما معك من القران كتزوج ابي طلحة
على اسلامه وقد ذكرنا ذلك من قبل وروى ابو بكر النجاد ان ذلك كان خاصا
لذلك الرجل وفي المغني قال ابن قدامة قال ابو حنيفة منافع الحر لا يكون
صداقا لانها ليست بمال وغلط في النقل عنه وهي تعليله على الغلط
وانما منع ابو حنيفة وابو يوسف خدمة الزوج الحر لها في ذلك من قلب
الموضوع ومن الذل والهوان والزوج مالك وهي مملوكة وقوام عليها
فلا يتقوم في موضع لا يمكن استحقاقها ولهذا اجوز على خدمة حر اخر
في الصحيح لعدم ويجوز على خدمة الزوج العبد باذن سيده لانه
يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره ولهذا يجوز على رعي
اغنامها وزراعة ارضها لعدم المنافاة لان ذلك من باب القيام بامور
الزوجية فلا منافاة والمتنافيان لا يجتمعان والمنافي شرعا كالمنافي حسا

ولان

ولان في رعي الغنم والزراعة يخدم نفسه من وجه الاشتراك الزوجين
في منافع الاملاك حتى لا تقبل شهادة احدهما للاخر ومحمد يقول الزوج
الحر يعجز من تسليم خدمته لما ذكرنا وهو مال فيجب قيمتها كما في الاستحقاق
ولهما ان خدمة الحر الزوج ليست حقيقة بمال ولا تستحق فيه بحال لانها
انما تصير مالا للضرورة والحاجة عند استحقاق عينها والانتفاع بها
فعند عدم الاستحقاق ملتحق بالعدم او لا يستحق فيه بحال فاشبه
النكاح على الخمر والخنزير فيجب مهر المثل وفي بعض النسخ اذ لا يستحق
فيه بحال فهو تعليل لعدم بالسبب ونظر الخدمة ورعي الغنم استيجار
الابن اباه لخدمته لا يجوز ولرعي غنمه يجوز ذكرهما في الحواشي والعبد
مال في نفسه فيلحق منافعه بنفسه وفي المحيط ويجوز اصداق
منافع الاعيان كالدور والعقار والحيوان لانها مال يتقوم عند
الناس ولو تزوجها على خدمة حر اخر فالصحيح صحته ويرجع على الزوج
بقيمة خدمته وعلى رعي غنمها وزراعة ارضها يجوز في رواية
ولا يجوز في رواية وفي المرغيناني روايتان ولو تزوج عليها حرة او
مكاتبه لا يجوز ولا ينعقد بقيمته لان المنع من جهة الشرع لا من جهة
المالك بخلاف عبد الغير حيث يصح النكاح وجب قيمته لان عينه
قابلة للتمليك بالاجازة فيجب قيمته عند عدم الاجازة خلافا عنه ولا
منافاة ولا يصح بمهر المثل لان المسمى مال بخلاف الخمر والخنزير وفي
الجواهر ان تزوجها على ان يخدمها مدة معلومة او يعلمها القران او
بعضه فمنعه مالك وكرهه ابن القاسم وعنه اذا لم يكن صداق المنافع
فسخ قبل البنا ويثبت بعده بمهر المثل ويسقط الخدمة ولو خدمها
رجع عليها بقيمة الخدمة والله اعلم **قوله** فان تزوجها على الف
فقبضها ووهبتها له وقبضها ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها
بشي مائة وكذا لو كان المهر مكيلا او موزونا اخر في الذمة فان لم يقبض
الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل البنا لم يرجع واحد منهما على صاحبه
بشي في قولهم جميعا وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول
زفر لانه سلم المهر له بالابرا والهبة فلا يبرا عما يستحقه عليها
بالطلاق واختلاف الاسباب كالاختلاف الاعيان الا ترى ان من قال هذه الجا
رية هي لك وقد وهبتها لي وقبضتها بحكم الهبة فقال المنزله بل زوجتكها

لا يحل له وطيها لاختلاف السبب وكذا لو وهب المريض عند الاخذ ابنته وسلمه اليه ثم وهبه الموهوب له لاخيه ثم مات المريض فان الاخ الواهب يضمن لاخيه نصف قيمته وان سلم جميع العبد له لانه لا يسلم نصفه له بالارث بل بالهبة واختلاف السبب ينزل منزلة اختلاف العين وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براة ذمته من نصف المهر فلا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود نظيره باع فاسدا وقبضه المشتري ثم وهبه للبايع لا يضمن قيمته لحصول المقصود ولا اعتبار باختلاف السبب بخلاف ما لو وهبه لثالث فوهبه الثالث للبايع فان المشتري يضمن قيمته لبايعه لانه لم يصل اليه من جهة اخيه الموهوب له بالعبد او يقول اذا اجتمع قبضان واجب وتبرع يجعل القبض عن الواجب لقوته ولما فيه من خلاص ذمته وخروجه عن عهدة الواجب ففي مسئلة الكتاب وهبه المشتري وصل من الجهة المستحقة وكذا قد اجتمع قبضان واجب وتبرع بخلاف التلقي من الاخ والثالث بخلاف ما لو اشترى جارية من رجل وهي في يد ثالث يدعيها لنفسه ونقد قيمتها ثم وصلت الى المشتري من ذي اليد غير البايع بهبة او صدقة او ارث او اجارة او اعارة او وديعة او غصبها منه لا يرجع بالثمن وان وصلت اليه من ثالث لانه يعتقد بطلان هذه الاسباب وانها ملكه بحكم الشرى ولا كذلك ما تقدم من المسايل وفي قاضيخان قال لك علي الف من ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك فقال المقر له هي جاريتك ولي عليك الف درهم بسبب اخر لزمه المال باتفاقهما على الدين وان اختلف سببه وفي الجامع قال لك هذه الالف وديعة او مضاربة فقال المقر له ليس لي عندك وديعة ولا مضاربة بل اقرضتكها فله اخذها وان كذبه لاتفاقهما على العين ولو قبضت خمس مائة ثم وهبت الالف المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يرجع عليها بنصف ما قبضت لانها لو لم تقبض شيا حتى وهبت الكل لا يرجع عليها بشيء ولو قبضت الكل ثم وهبته له يرجع عليها بنصف الالف فاذا قبضت نصف الالف وجب ان يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط وهو

يلتحق

يلتحق باصل العقد عندنا ويخرج من ان يكون مهرا فكان المقبوض كل المهر حكما وفي الحواشي الذي يدل على انه يتبع من الجهة المستحقة هبة المغصوب من المغصوب منه واطعامه المغصوب فانه يبرا به الغاصب ويجعل ردا للمغصوب وان لم يعلم انه ماله فان قيل ينتقض ما ذكرته بحط البايع عن المشتري بعض الثمن اذا اطلع على عيب ببعضه مثل المحطوط فانه يرجع على البايع بنقصان ولا يكتفي بالحط عنه ويجعل اختلاف السبب كاختلاف العين قيل له ان المحطوط خارج عن الثمن والرجوع بنقصان العيب يكون من الثمن فلا يكون يقوم الحط مقام العيب والله اعلم فان قيل قد جعلتم الصدقة على بريرة صدقة عليها وهي حرام على النبي صلى الله عليه وسلم ثم جعلتم ما اعطيه من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية وجعلتم ذلك المال بعينه حلالا بعد ان كان حراما عليه فقد جعلتم اختلاف السبب كاختلاف العين قلنا لما كان بينهما ثالث وهو واسطة صار كوصوله من الثالث في البيع الفاسد على ما تقدم ونحن انما لم نعتبر السبب اذا رجع منه الى المالك الاول ما اذا ملكه غيره اعتبرناه ولهذا قلنا المشتري شرا فاسدا اذا قبض المبيع ملكه ولا يحل له اكله ولا وطي الجارية ولا الانتفاع بالمبيع فاذا ملكه من ثالث حل له كل ذلك ووجه قول ابي حنيفة ان مقصود الزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر له بغير عوض وقد حصل فلا يستوجب الرجوع ولانه قد عاد اليه المهر الذي كان في ذمته بسبب لا يستوجب الضمان وهو الهبة وفي الوبري اذا وهبت البعض قبل القبض وقبضت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها قال ابو حنيفة رحمه الله ان وهبت النصف او اكثر لا يرجع عليها كالمعين وان وهبت اقل من النصف يرجع عليها بنصف ما قبضت ولو كان تزوجها على عوض فقبضته ولم يقبضه فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء وفي القياس يرجع بنصف قيمته وبه قال زفر وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعينه في الرد ولهذا لم يكن لها دفع غيره مكانه بخلاف الدين وبخلاف ما اذا باعته منه زوجها ولو تزوجها على حيوان او عرض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وفي البدايع في هبة المهر

قبل القبض عينا كان او دينا او بعده اذا كان عينا لا رجوع له عليها بالطلاق
قبل الدخول بهلاك عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع بالنصف في الدين
قبل القبض يصير بها قابضا وفي الوبري في الدين دون العين لان هبة
الدين قبل الدين استهلاك وبه يصير قابضا وفي الوبري لو كان المهر
معينا كالمكيل والموزون باعيانهما او العروض او الحيوان باعيانها
لم يرجع عليها بشي لتعين ذلك في الرد بالطلاق قبل الدخول وكذا في
البدايع لو كان المهر دراهم او دنانير معينة او غير معينة او مكيلا
او موزونا في الذمة سوى الدراهم والدنانير فقبضته ثم وهبته له ثم
طلقها قبل الدخول يرجع عليها بمثل نصفه لعدم تعينه في الرد وقال
زفر في الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بشي وعلى اصله في
تعينها وفي الجامع الصغير المثلي لا يتعين في الرد اذا كان في الذمة بل له
ان يرد مثله كالدراهم وقد تقدم ذلك في اول المسئلة ولان عينه لم يكن
واجبا بالعقد فلم يكن واجبا بالفسخ ولو تعيبت العين المهر عيبا
فاحشا في يدها يمنع الرد ثم وهبتها له وجهان له ان يرجع بنصف
قيمة المهر وتعتبر قبضها كانها وهبت عين المهر لعدم حق رد النصف
المعيب لاجل العيب وفي المبسوط بحدوث العيب ان لم ينقطع حقه
عن العين لكن بعد زوال تركه مع العيب فلم يكن تعلقه بالعين لازما لم يكن
الموصل اليه غير حقه وفي الجواهر لو وهبت صداقها له قبل الدخول
فله الربع وفي المنهاج لو كان الصداق دينا فابرأته ثم طلقها قبل
الدخول لم يرجع عليها بشي على المذهب ولو كان عينا فوهبته له ثم طلقها
فالاظهر ان له نصف بدله وعلى هذا لو وهبت له النصف فله نصف
الباقي وربع بدل كله او نصف الباقي وربع بدل كله وفي البسيط
هل يمنع رجوعه به قيمته قولان وان كان دينا فهل يسقط بابرائها فيه
طريقان احدهما القطع بامتناع الرجوع بالقيمة والثاني طرد القولين
وجه الرجوع ان النصف لم يرجع اليه بالشطر فاشبه الرجوع اليه
بالبيع ولو وهبت له نصفها فان قلنا هبة الكل لا تمنع الرجوع يرجع
بالنصف وان قلنا الهبة تمنع الرجوع ففيه ثلثة اجوبة الرجوع
في نصف الباقي وهو ربع الجملة وهو قياس الاشاعة والثاني ينحصر
الموهوب في حصتها فيرجع بالنصف الباقي ويكون الكل له والثالث

الموهوب

الموهوب في حقها فلا ترجع بشي من الباقي وكانه عجل اليها ما لم تستحقه
وفي المغني عن ابن حنبل فيه روايتان احداهما يرجع عليها بنصف قيمتها
وهو اختيار ابي بكر كالمبيع منه والهبة من اجنبي ثم هبة الاجنبي له
والثانية لا يرجع عليها وهو قول مالك والمزني وان وهبته نصف
العين ان قلنا لا يرجع في هبة الكل رجع هنا في ربعه وعلى الاخرى يرجع
في النصف الثاني وبه قال المزني وفي الاشراف قال مالك واحمد لا يرجع
عليها وقال ابو ثور يرجع عليها بنصف قبضها او لم يقبضه وقال
الشافعي بالعراق لا يرجع وقال بمصر فيها قولان وفي البدايع لو كانت
جارية فولدت بعد القبض او جنى عليها فوجب فيها ارش او كان شجرا
فاثمر او دخله عيب ثم وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها
بنصف القيمة لانقطاع رجوعه بذلك فلم يعد اليه ما استحقه بالطلاق
وقد ذكرنا مثله قبل هذا ولو كانت الزيادة في يدها او ثمرة على الشجر
فوهبتها له كان له ان يضمنها نصف قيمة الاصل عندهما خلافا لمحمد
بناء على ان الزيادة المتصلة تمنع التنصف عندهما وعند محمد لا تمنع
واتفقوا على منع المنفصلة قال صاحب المبسوط الا عند زفر واعتبره
بالمشتري شراء فاسدا فان البايع يسترده بزيادة المتصلة والمنفصلة
ورد بها نظير الطلاق في ضمان الاصل كله وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
انه يرجع الى الزوج فيها الاصل والزيادة لانها فسخ من الاصل
بخلاف الطلاق فانه حل ووجه الظاهر انها ملكت الاصل بالعقد
ملكا تاما وجدت الزيادة على ملكها التام وفي الوبري الزيادة المتصلة
والمنفصلة قبل القبض تنتصف مع الاصل ويعود ملكه بغير قضا وان
باعته من زوجها او وهبته بعوض رجع عليها بقيمة نصفه او بمثل
نصفه ان كان مثليا لانه عاد اليه بسبب يوجب الضمان بخلاف
الهبة بغير عوض ولانه يستحقه عليها بغير عوض وقد سلم له
بعوض ثم ان كانت باعته منه قبل القبض فعليه نصف قيمته يوم المبيع
لدخوله في ضمانها بالبيع قلت وينبغي ان يصير قابضا بنفس العقد
لانه مضمون بنفسه وهو قيمته كما في الغصب وان كان بعد القبض
فعليها نصف قيمته يوم القبض لدخوله في ضمانها وفي المرغيناني
لو ازدادت زيادة منفصلة قبل القبض كالولد والثمرة والارش والعقد

يتنصف بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض لا يتنصف ويضمن قيمة الاصل
يوم قبضه وكذا لو ارتدت او قبلت ابنه ضمنت جميع قيمة الاصل وايضا
فالتخلو المتصلة يتنصف قبل القبض بالاجماع والكسب والغلة والموهوب
للمراة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يتنصف مع الاصل والزيادة
المنفصلة لو هلكت بعد القبض يتنصف الاصل لزوال المانع وفي
الجويري الزيادة المتصلة والبنا في الارض يمنع التنصيف بالاتفاق
وفي المبسوط واما الزيادة المتصلة كالسمن والجمال وانجلا البياض
والولد والثمرة المتصلين فهي كالزيادة المنفصلة عندهما وعند
محمد وزفر يتنصف مع الاصل واعتبر النكاح بالبيع فان من اشترى
جارية بعبده وقبض الجارية وهلك العبد قبل القبض وقد كانت
الجارية ازدادت زيادة متصلة يستردها مع زيادتها وكذا لو
رده المشتري بعيب يسترد الجارية بزيادتها بخلاف المنفصلة
ولان الزيادة المتصلة بمنزلة زيادة السعر لانها تبع محض وصف الاصل
فلا يمنع والجواب عن البيع فالصحيح ان الزيادة المتصلة تمنع عندهما
فسخ البيع من الاصل وما ذكر من المسائل قول محمد وقد نص في البيوع
انها تمنع الفسخ بالتحالف عندهما كالمنفصلة ولو حدثت الزيادة
في يدها طلقها قبل الدخول يتنصف مع الاصل اذ نصفه قبل
الزيادة مستحق عليها فيسري الى الزيادة كالمشتري شرا فاسدا
يسترده البايع بزيادته المتصلة ووجه ذلك ان حق الاسترداد فيه
متاكد فيسري الى المتصلة والمنفصلة ولان في المنع بذلك تقرير
فساد البيع والواجب رفعه وابو حنيفة يقول السبب لملك الكسب
اما قبول العبد الهبة او جارية نفسه او اكتسابه بالاحتطاب
والاحتشاش وكان ذلك في ملك الزوجة وشي من هذه الاسباب لا ينفسخ
بالطلاق وقد ثبت ملكها بها ثم يبطلان ملكها في المكاسب لا يتبين
انه لم يلحقه في الملك بذلك السبب بخلاف الزيادة المتولدة من الاصل
لان حرمته تسري اليه بملك الاصل كالولد المولود في الكتابة يصير
مكاتبا وكسبها لا يصير مبيعا ولا يقابله شي من الثمن ثم الفرق بين البيع
والنكاح وبين الهبة حيث لا يمنع الزيادة المنفصلة من الرجوع ثم في
في الهبة ويسلم للموهوب له بخلاف البيع والنكاح لان الهبة عقد

تبرع

تبرع والبيع والنكاح عقد معاوضة فلو اثبتنا حكم الرد في الاصل
تبقى الزيادة سالمة للمشتري والزوجة بغير عوض في عقد المعاوضة
وهو حرام من الاصل فلا يجوز ان يسلم الملك للتملك في عقد المعاوضة بغير
عوض بعد رفع عقد المعاوضة من بينهما ولا يجوز ان تكون الزيادة
للبايع والزوج اذا لم يكن موجوده عند العقد حقيقة وحكما لانه
لم يرد عليها عقد ولا قبض له شبه عقد فيتعذر تنصيفها فوجب
نصف القيمة للزوج لذلك وفي البدايع الزيادة في المهر اما ان
تكون متصلة بالاصل او منفصلة والمتصلة اما ان تكون متولدة
منه كالسمن والكبر والجمال والسمع والبصر والنطق وانجلا بياض
من العين وزوال الخرس والصمم والشجر اذا اثمر والارض اذا
زرعت او كبرت او غير متولدة منه كالثوب اذا صبغ والدار
والارض اذا بني فيها بنا والمتصلة اما ان تكون متولدة من الاصل
كالولد والصوف والوبر والشعر والثمر والزرع كل ذلك بعد
الفصل او في حكم المتولدة كالارش والعقر او غير متولدة
ولا في حكم المتولدة كالهبة والصدقة والكسب فان كان المهر
في يد الزوج فالمتولدة والملحق بها مهر متصلة كانت او منفصلة
وتتنصف مع الاصل بالطلاق وغير المتولدة والملحقة ان كانت
متصلة منعت تنصيف الاصل وعليها نصف قيمة الاصل يوم الزيادة
لانها تصير قابضة بالزيادة والمنفصلة لا تمنع تنصيف الاصل والزيادة
لها عند ابي حنيفة وعندهما تتنصف مع الاصل والكل مهر وان
كانت بعد القبض وقد ذكرنا وجه القولين وفي المحيط وقال
الشافعي تتنصف الاصل دون الزيادة وفي المنهاج لها زيادة متصلة
وخيار في المتصلة فان شحت فنصف قيمته بلا زيادة وان سمحت لزمه
القبول فان زاد ونقص ككبر عبد وطول نخله وتعلم صنعة مع عيب
فان اتفقا بنصفه والا فنصف القيمة وحمل امة وبهيمة زيادة ونقص
وقيل في البهيمة زيادة وفي الجواهر ان حصل في المهر زيادة
محضة او نقصان محض او زيادة من وجه ونقص من وجه فالزيادة
لها والنقص عليها وقيل للزوجة وعليها وهو بنا على الخلاف في
استقرار ملكها بالعقد على الكل وعدم استقراره وفي المغني

اصدقتها غنما فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الاولاد لها لانها
نما ملكها وقد ملكت المهر بالعقد و رجع بنصف الامهات الا ان تكون
قد نقصتها الولادة فيتخير بين نصف قيمتها يوم العقد وبين اخذها
ناقصة قال وبه قال الشافعي ويتنصف قبل الولادة قبل القبض وبعده
وفي الجارية اذا ولدت يضمن قيمته نصفه ولا يتنصف كلا يفرق بينها
وبين ولدها وان حملت فلها نصف قيمتها للزيادة والنقصان ولو اصدقها
ارضا فبنت فيها دارا او ثوبا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف
قيمة الارض ونصف قيمة الثوب يوم اصدقها الا ان يعطيها نصف قيمة
البناء والصبغ فلا فرقت اليه نصف الجميع بالزيادة فعليه قبوله وان
تركه لها نصف قيمة البناء والصبغ كان له التنصف وقال القاضي منهم
انما يكون هذا بالتراضي والاول غير صحيح لان احد الاجبر على تملك مال
الغير وفي المبسوط لا يرد المهر على الزوج بعيب يسير كان قبل
العقد او حدث بعده قبل قبضها وعند زفر والشافعي بالتسليم
خلاف الثوب وهو قول ابن حنبل ومالك ولا يصح لانه لا يخلو بعد الرد
اما ان يجب قيمته او مهر المثل على اصل الشافعي الاوجه الاول لان اليسير
يدخل تحت التقويم فلا فايده فيه والعين اعدل ولا وجه لايجاب
مهر المثل لانه يتعذر رده اعلى ما يأتي بخلاف البيع فانه ينفسخ بالرد
ويجب رد الثمن و النكاح لا ينفسخ وفي البدايع يرد في المثل لانه يرجع
ويرد بالعيب الفاحش وهو على وجوه خمسة وفي البدايع يرد في المثل
احدها ان يكون بآفة سماوية فان شاءت اخذته ولا شي لها وان شاءت
قيمته سالما يوم العقد وعن زفر يضمنه النقصان كالغصب
وثانيها ان يكون بفعل الزوج و يتخير فيه فان اخذت العين ضمنته
النقصان وروي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انها لا تضمن النقصان
كالسماوي لانه مضمون بالعقد كالمبيع ووجه ظاهر الرواية
اعتبار الجزء بالكل بخلاف البيع فانه لو اتلف الكل لا يضمن شيا لان
في البعض يسقط حصته من الثمن وثالثها ان يكون بفعل المهر فهو
كالسماوي في ظاهر الرواية لان فعله بنفسه هدر كما في الرهن وعن
ابي حنيفة كفعل الزوج كالغصب ورابعها ان يكون بفعل اجنبي
ويضمن النقصان ويثبت لها الخيار للتعيير فان اخذت المهر رجعت

على

على الجاني بالنقصان وان اختارت يضمن الزوج قيمته رجع الزوج
على الجاني بضمان النقصان وان ارادت ان تاخذ العين ويضمن الزوج
النقص فليس لها ذلك لعدم صنعه وخامسها ان يكون بفعل الزوجة
فيصير به قابضا وان كان العيب في يد الزوجة وقد طلقها قبل
الدخول فهو ايضا على خمسة اوجه بآفة سماوية تخير كما مر ان شا
ضمنها نصف قيمته يوم قبضت لتعذر الرد كما قبضت وان شا
اخذ نصف العين ناقصا من غير ضمان و فعل المهر كالسماوي وكذا
فعل الزوجة لانه صادف ملكها وبفعل الاجنبي يجب الضمان عليه
فيكون بزيادة منفصلة و رجع الزوج عليها بنصف القيمة يوم
قبضها و فعل الزوج كفعل الاجنبي لانه جناية على ملك الغير
ويمنع التنصف وان كان بعد الطلاق ياخذ الزوج قبل نصف مع
نصف النقصان كالبيع الفاسد و يلزمها ضمان النقصان ان كان
بآفة سماوية او بفعل المهر او بفعلها وهو زيادة متصلة وقد ذكرنا
حكمها قال السرخسي و وقع في المختصر ان العيب في يدها قبل
الطلاق وبعده سوا في الحكم وهو غلط وفي الجامع خيارها بعد
الطلاق في النصف كهو في الكل و في فعل الاجنبي بالنقص قلت
لهذه العشرة اوجه تفريعات لم يذكروها وهي ان تجمع الوجوه
الخمسة او الاربعة او الثلثة او اثنان منها قبل القبض قبل
الطلاق او بعده وبعد القبض بعد الطلاق او قبله وكذا اجتماع
الزيادة والنقصان في المهر قبل القبض قبل الطلاق او بعده
والتصرف في الصداق قبل قبضه جايز وفي البسيط تصرفها
قبل القبض نافذ على قول ضمان اليد غير نافذ على قول ضمان
العقد وهو الاصح في البيع وفي المنهاج المهر العين المضمون
ضمان عقد وفي قول ضمان يد فعلى الاول لا تبيعه قبل قبضه
ولو تلف في يده يجب مهر المثل قلت ينبغي ان يجوز تصرفها على
ضمان العقد واليد قبل القبض و قياسه على البيع باطل لان
المنع منه في المبيع بالنص وليس النكاح كالبيع لا صورة ولا معنى
لان البيع معا وضة مال بمال بخلاف النكاح والمعنى فيه غرر
انفساخ العقد الثاني بهلاك المبيع في يد البايع اذ المبيع الاول

ينفسخ به فينفسخ الثاني والنكاح لا ينفسخ بهلاك المهر قبل القبض
ولا بعد مع من الاحتمال فلا معنى لمنعها من بيعها والتصرف فيه بلا
دليل ولا يجوز ان يكون ضمان يد لان ضمان اليد عنده اما بالغصب
ولم يوجد الغصب من الزوج ولان يد الغاصب عادية توجب
عليه رفعها في كل وقت ويد الزوج في المهر محقة فيكون يده
يد غصب بغير برهان ولو كانت يد غصب لضمنها وزيادة
المهر من ولد او ثمر لا يد على في ضمان الزوج على ضمان العقد
وكذا على ضمان اليد قال الا ان الحقناه بالمغصوب ولا يستقيم
على ما ذكرنا واما بالعارية على اصله ان يد المستعير يد ضمان على
بعض الاحوال لان يده يد نفسه ينتفع بالعين المستعارة والزوج
لا ينتفع بها ولو العارية اباحة المنفعة للمستعير من الغير ولا اباحة
هنا ولا يتصور ايضا ان تكون يد الزوج يد استعارة والقرض
كالعارية بل اولى لانه ينتفع بعينه ويخرجه من ملكه باذن المقرض
ويملك عينه وان تعيب المهر قبل القبض فالخيار لها على القولين
وهو يؤيد ضمان العقد وفائدة ضمان العقد انها لو فسخت رجعت
الى قيمته وان اجازت طالبت بارش العيب واذا اطلعت على عيب قديم
تحكم على ضمان العقد حكم البيع وعلى ضمان اليد ان فسخت رجعت
بالقيمة وان اجازت ترددا في الارش وان تعيب المهر بجناية فله
ثلث حالات بجنايتها تقبض ولا خيار لها وبجناية اجنبي تجب الارش
عليها ويثبت لها الخيار فان فسختها طالبت الزوج بمهر المثل
على ضمان العقد ولم يطالب الاجنبي واذا اجازت طالبت الاجنبي بجنايته
على ملكها وعلى ضمان اليد ان فسخت طالبت الزوج بقيمة المهر
ثم لها ان لم تطالب الاجنبي وان اجازت طالبت الاجنبي بجناية على
ملكها وعلى ضمان اليد ولم تطالب الاجنبي بالارش وان اجازت ان شاءت
طالبت الزوج اذ الاتلاف في يده ويرجع على الاجنبي وفيه خلاف على
قول يرجع الى قيمة السالم ان فسخت وتطالب بالارش ان اجازت وفي
المغني حكم المهر حكم البيع ان كان مكيلا او موزونا لا يجوز لها التصرف
فيه قبل قبضه وما عداه لا يحتاج الى القبض وذكر القاضي منصور انه
يجوز التصرف في المهر وبدل الخلع وكل ما لا ينفسخ بهلاكه ونص احمد

علي

١٨٤

على جواز هبة المراة مهرها لزوجها وهو تصرف ونقصان المهر في يدها
غير مضمون بعد الطلاق وان كان القبض او التلف قبل الطلاق يجب
عليها الضمان عنده وخالف الجماعة في هذا التفصيل وفي المغني
تلفه على اربعة احوال بفعلها وهو قبض وبفعل الزوج يضمن
قيمته على كل حال وبفعل اجنبي كما ذهبنا وبآفة سماوية وقد
ذكرنا التفصيل فيه وفي الجواهر المهر مضمون في يد الزوج
كالبيع في يد البائع قبل القبض ولو تلف في يد احدهما ثم
وقع الطلاق قبل البناء فالحكم ان ما لا يغاب عليه منهما ولا يغاب عليه
ولا يعرف بعينه ممن هو في يده ان لم تقم بينة بهلاكه وان قامت
ففي اثبات الضمان على صاحبه ونفيه خلاف بين اصبغ ومحمد
قوله وان تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلد او على
ان لا يتزوج عليها فان وفى بالشرط فلها المسمى وان تزوج عليها
او اخرجها فلها مهر مثلها وفي الينابيع يريد به اذا سمى لها
اقل من مهر مثلها وفي البدائع والتحفة ان كان المسمى مهر
مثلها او اكثر فلا شيء لها غيره وقال زفر ان كان المضمون مالا
كالهدية ونحوها فلها مهر مثلها وان لم يكن مالا كطلاق امراة
اخرى او على ان لا يخرجها من البلد فليس لها الا المسمى وعندنا
متى كان المضمون اليه لها فيه عوض صحيح فعند فواته يكمل
لها مهر مثلها وان لم يكن لها عوض صحيح لا يكمل مثاله الاول
تزوجها على مائة وعلى ان يعتق اخاها يكمل عند ابي يوسف وعلى ان يعتق
اجنبيا لا يكمل وهي مسئلة الزيادات وفي المغني الشروط في النكاح
اقسام ثلثة القسم الاول يلزم الوفاء به وهو ما يعود نفعه اليها
وهو ان لا يخرجها من دارها وبلدها او لا يسافر بها او لا يتزوج
او لا يتسرى عليها فهذه الشروط يلزمه الوفاء بها فان لم يف
فلها فسخ نكاحها روي ذلك عن عمر وسعد بن ابي وقاص ومعوية
وعمرو بن العاص وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن
زيد وطاوس والاوزاعي واسحق وابطل هذه الشروط الزهري
وقتادة وهشام بن عروة والليث والثوري ومالك والشافعي وابن

المنذر قال ابو حنيفة واصحابه لكن يكمل لها مهر مثلها ان نقصت منه
بسبب هذه الشروط وفي المحلى ان تزوجها على ان لا يتسرى عليها او على
ان لا يخرجها او شرط هبة او بيعا في النكاح فالعقد بذلك مفسوخ
وعن عقبة ابن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم احق الشروط
ما استحللتم به الفروج رواه الجماعة والظاهرية لا يخالفون بظواهر
الاحاديث من غير نظر وفي المغني فكيف افسدوا الانكحة بالشروط
التي جعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم احق بالوفاء بها بلا معارض
ولا دليل ولا شبهة فلا يلتفت الى قولهم وان شرطت عليه طلاق ضرتها
لم تصح الشروط وقد افتى عليه ابن حنبل وفرق بان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى ان تشترط المراة طلاق اختها رواه البخاري من حديث ابي
هريرة رضي الله عنه والنهي يدل على فساد المنهي عنه ولنا قوله صلى
الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط
وتلك الشروط ليست في كتاب الله اذ الشرع لا يقتضيها وقال عليه
السلام المسلمون على شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا وهذه
الشروط تحرم حلالا وهو التزوج عليها والتسري والمسافرة بها
وغيرها فكانت مردودة كما لو شرطت ان لا تسلم نفسها وحديث ابي
هريرة حجة عليه لانه قد افسده والقاه واخرجه من عموم حديث
عقبة بن عامر المذكور بسبب النهي فالشرط الذي حرم حلالا منهي
عنه بالشروع وجوابهم بانا لم نحرم حلالا وانما اثبتنا لها به فسخ
نكاحها قلنا فاثبتوا لها فسخ نكاحها عند عدم الوفاء بطلاق ضرتها
مع ان دلالته على مدعاهم ضعيفة من وجوه احدها ان النهي على
فساد استحقاق طلاقها بالشرط وهو غير مستحق بالاجماع وهم انما
يثبتون لها خيار الفسخ والحديث لا يمنع ذلك كما لو قالوا انهم لا
يثبتون حرمة التزوج والتسري وانما يثبتون لها خيار الفسخ
به ثانيها ان النهي انما ورد في اشتراط طلاق اختها ولا يلزم من نهي
طلاق اختها النهي عن طلاق كل امراة اشترط طلاقها لوجهين الاول انه
لا يلزم من ثبوت الجزء ثبوت الكل والثاني ان في تزوجها تزوج اختها
واشتراط طلاقها قطيعة الرحم بين الاختين وهي حرام بخلاف الاجنبية

وانكر

وانكر مذهبهم فيه ابو الخطاب الحنبلي وهو كاشتراط ان لا يتزوج عليها انتهى
المعارضة بما ذكرنا من الاحاديث والقسم الثاني ما يبطل فيه الشروط ويصح
النكاح مثل ان لا يشترط ان لا يكون لها مهر او ان لا ينفق عليها او ان لا يطاها
او يعزل عنها او ان لا يكون عندها في الجمعة الا يوما وليلة او شرط لها
النهار دون الليل او شرط عليها ان تنفق عليه او تعطيه شيئا من مالها
فهذه الشروط كلها باطلة لانها تنافي مقتضى العقد ولان اشتراطها في
العقد يتضمن اسقاط حقوق لا تثبت الا بعد العقد فكان اسقاطها
قبل وجوبها وقبل انعقاد سبب وجوبها فيما كاسقاط الشفيع شفعته
قبل البيع والنكاح صحيح في الصور كلها لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة
وفي البسيط ان شرط الامتناع من وطيها او شرط طلاقها بطل النكاح
وفيه وجه انه لا يبطل وزعموا انه خل بمقصود العقد قلت وانتم
تزعمون ان الطلاق المعلق بالملك او بالنكاح لا يقع والطلاق الذي لا يقع
كيف خل بمقصود النكاح وهذا اختلف وكذا عدم الجماع لا يخل بالنكاح فانه
يجوز تركه بالاجماع على الدوام برضاها ولو كان منافيا له او مخلا به لما جاز
تركه بالرضى كما لو ملك زوجته وتراضيا على بقاء النكاح او ملكت زوجها
ورضيت ان يبقى النكاح بينهما قالت ولو شرط ان لا يخرجها من الدار
او من بلدها او لا يسافر بها او شرط عليها ان يجمع بينها وبين ضرائرها
في مسكن او لا ينفق لها او لا ينفق عليها لا يفسد النكاح بذلك ولكن
يفسد به الصداق قلت ولا يفسد به الصداق ايضا لانه لغو
وفي الجواهر عن مالك لو شرط شرطا ينافي مقتضى العقد كشرطه ان لا يقسم
لها فهو قادح في العقد ويفسخ قبل الدخول وانكر ابو بكر بن المنذر
في الاشراف تفريق مالك قبل الدخول وبعده فقال لا يخلو من ان يكون
صحيحا او فاسدا اذ لا معنى لاثبات النكاح بدخول رجل على غير زوجته
ومذهب مالك في القسم الاول كقول ائمتنا وقال قد اشرت على القاضي
ان ينهى الناس عن ذلك وان لا تزوج الرجل الا على دينه وامانته وكل
شرط في العقد غير لازم الا ان كان بتمليك او بيمين فان كانت وضعت من
صداقها لاجل الشرط رجعت به قبل التعيين وفي المدونة لا ترجع
وان كانت عينته مهرا اسقطت بعضه رجعت به وممن كره تزويج النهار
ثابت وحماد بن ابي سليمان وابن شبرمة وكان الحسن لا يرى باسا ان يتزوج

الرجل على ان يحصل لها من الشهر اياما معلومة والقسم الثالث ما يبطل
النكاح وهو التاقيت في النكاح ونكاح المتعة واشتراط الخيار وهذا
اتفاق او يقول زوجتك ان رضيت امها او فلان او ان جئتني بالمهر في
وقت كذا او الا فلا نكاح بيننا وذكر ابو الخطاب فيه وفي خيار الشرط
ورضا امها او فلان روايتان احداهما النكاح فيها صحيح والشرط
باطل وبه قال ابو ثور وحكاه عن ابي حنيفة في شرط الخيار وزعم انه
لا خلاف فيها وفي خزانة الاكمل تزوجها على ان اباها بالخيار صح
النكاح وبطل الخيار وان قال ان رضي ابي فالنكاح باطل وقال ابن
قدامة عن عطا وابي حنيفة والثوري والاوزاعي اذن قال في
النكاح ان جا بالمهر الى وقت كذا والا فلا عقد بيننا ان الشرط باطل
والعقد صحيح وروى منصور عن ابن حنبل ان الشرط والعقد جائزان
وعن مالك والشافعي وابي عبيد فساد العقد وفي اشتراط الخيار
في الصداق عن الحنابلة ثلثة اوجه صحة العقد وبطلان الخيار
وصحتها وصحة العقد وبطلان الصداق قلت وكان ينبغي لهم ان يقولوا
الشروط في النكاح تنقسم اربعة اقسام القسم الرابع ما يقتضيه النكاح
وان لم يذكر كشرطه ان ينفق عليها ويكسوها ويسكنها في بيت مفرد
ويطاها ويكون صداما حالا او يجوز لك مما يستغنا ومن سكوتها عنه
فوجد هذه الشروط فيه وعدمها سوا وان تزوجها على عشرة دراهم
وارطال من خمر فلها العشرة ولا يكمل مهر مثلها لان الخمر غير
مرغوب فيها في حق المسلم فكانه تزوجها على عشرة وان تزوجها على
ان لا يخرجها من البلد او على ان لا يتزوج عليها فلها مهر مثلها وفي
بالشروط او لم يف لان ذلك ليس بمال واما ان تزوجها على مال وشرط
تلك الشروط المرغوب فيها لها فيكمل مهر مثلها عند فواتها كما لو
تزوجها على الف على ان يكرمها او على ان يهدي لها هدية لان الالف
والعشرة تصلح مهرا والله تعالى اعلم **قوله** ولو تزوجها على الف
ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان
اخرجها فلها مهر مثلها لا يزاد على الالفين ولا ينتقص عن الالف
وهذا عند ابي حنيفة وقالا الشرطان جائزان فان اقام بها فلها
الالف وان اخرجها فلها الالفان وقال زفر الشرطان فاسدان

الصداق ويجب فيهما مهر المثل لا ينتقص من الالف ولا يزداد على الالفين لرضاها
باسقاط الزيادة على الالفين ورضاه بالالف وان طلقها قبل الدخول بها
فلها نصف الالف وفي الاشراف قال ابن المنذر ان تزوجها على الالف ان لم يكن له امراة
وعلى الالفين ان كانت قال ابو حنيفة ان لم يكن له امراة فلها الالف وان كانت
له امراة فلها مهر مثلها لا ينتقص من الالف ولا يزداد على الالفين ومثله
في البدايع قال ابو يوسف ومحمد هو كما شرط وبه قال ابن حنبل في رواية وابن
راهويه وقال الشافعي لها مهر مثلها كقول زفر وابي ثور وخالف زفر
وقال ينقص ويزاد ونظائرها في المتعة صار الطلاق قبل الدخول واوجب فيه
نصف مهر المثل وعلى هذا الوتر تزوجها على الف ان كانت مولاة وعلى الفين ان كانت
حرة الاصل ذكره في البدايع ومدارك هذه الاقوال تاتي في الاجارات في
قوله ان خطت اليوم فبدرهم وان خطت غدا فبنصف درهم ان شا الله
تعالى والزما ابا حنيفة عن تزوج امراة على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان
كانت قبيحة الوجه فلها الالفان ان كانت جميلة والالف ان كانت قبيحة والفرق
بينهما وبين مسئلة الكتاب ومسئلة التزوج عليها ان الخطر فيهما دخل على
التسمية الثانية لان الزوج لا يعرف هل يخرجها او يتزوج عليها ولا مخاطرة
في الاولى لان المراة على صفة واحدة لكن الزوج لا يعرف ذلك وجهالته
توجب خطرا ذكره المرغيناني في الفتاوى وهو في المحيط وان تزوجها على
هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها
الاوكس وكذا ان كان مثل اوكسهما فان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع
وكذا ان كان مثل ارفعهما وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لها الاوكس في ذلك كله وان طلقها قبل الدخول
بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاتفاق وفي قاضي خان كما ذكرته فيه
وان كانت باحدهما شائبة صحت التسمية بالاتفاق وكذا ان كان الخيار له
وكذا لو كانت قيمتهما سواء او كانت قيمة احدهما مثل مهر المثل او اقل
او اكثر لوجود الوضع منهما بالمسمى وفي قاضي خان وعلى هذا الخلاف لو تزوجها

على الف او الفين وبمثله في الجامع وهي مسئلة المبسوط وفيه ايضا ان تزوجها
على الف حالة او مؤجلة الى سنة ومهر مثلها الف او اكثر فلها الحالة والا
فالمؤجلة وعندهما المؤجلة لانها الاقل وان تزوجها على الف حالة او
الفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان كالاقل فالخيار
له وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل
عندهما قاعدته ان البدل الاصلي عنده مهر المثل وانما يعدل عنه
عند صحة التسمية وعندهما المسمى الا اذا فسدت التسمية من كل وجه
وقد امكن هنا ايجاب الاوكس والاقل فلا تفسد التسمية وصار كالخلع
على الالف او الفين والاعتاق على الف او الفين والاقرار بالف او الفين
ولهذا يجب بالطلاق قبل الدخول نصف الاوكس والاقل وفي المبسوط
ولا اعتبار لمهر المثل لانه يوجب نكاح لا تسمية فيه وبالتخيير لا تنعدم
التسمية ولابي حنيفة ان الموجب الاصلي مهر المثل لانه قيمة البضع
كالقيمة في البضع ان البضع متقوم عند العقد وانما يصار الى المسمى
اذا صحت من كل وجه كالثمن في البيع لا يعدل فيه عن القيمة الا اذا صح
الثمن من كل وجه ولهذا اذا تزوج امرأتين على الف يقسم على مهري
مثلهما وهذا لان النكاح عقد معاوضة يجب فيه التسليم والتسلم
ومع الجهالة لا يتحقق ذلك والدليل على ان مهر المثل هو الاصل انه
يجب بنفس العقد من غير تسمية فلا ينتقل عنه الى المسمى مع الشك كما
لو استاجر صباغا ليصبغ به ثوبه بدرهم او درهمين لا يصح التسمية
بخلاف الطلاق والعتاق فانه يوجب التصرف في الاصل ولهذا لا يجب
شيء منه عند عدم ذكر البدل ولا كذلك النكاح ولهذا اوجبنا
الاقل فيهما وبخلاف الاقرار لان المال المقر ليس بعوض فلم يكن في تعيين
الاقل بحسر بحق المقر له قلت قولهما لان مهر المثل موجب النكاح
الذي لا تسمية فيه فكذا هو موجب النكاح الذي يكون المسمى فيه
مجهولا بدليل انه لو تزوجها على دراهم يجب فيه مهر المثل قوله

والواجب

والواجب في الطلاق قبل الدخول عنده فساد التسمية اصلا كمهر المثل
قبل الطلاق وهو ان المتعة بعد الطلاق عنده يوجب ان يحكم فيه المتعة
كما حكم مهر المثل قبله ولهذا ذكر في الجامع انه يحكم فيه المتعة وفي الاصل
اوجب نصف الاوكس والاقل ولم يحكم فيه المتعة وذلك لاختلاف الموضع
فوضع في الاصل في الالف والالفين ونصف الاقل خمسماية والمتعة لا تبلغها
فلا فائدة في تحكيم المتعة وكذا في الجامع الصغير فان العبد الاوكس يزيد
على المتعة كما ذكر في الجامع ووضعها في العشرة والعشرين والمتعة تزيد
على الخمسماية غالبا فلهذا حكم فيه المتعة فان قيل قد فسدت التسميات
عند ابي حنيفة رحمة الله عليه فكانه لم يسم شيا فينبغي ان تجب المتعة
قصرا عليها قلنا قد عرف ان نصف الاوكس والاقل انما وجب بطريق
المتعة فهي هي وفي المحيط اذا تزوجها على الف او الفين او على احد
العبدين فعنده لها مهر مثلها ولا يزاد عليهما ولا ينقص عن اقلهما
وعندهما لها الالف ويعطيها اي العبدين شاء وفيه لو زادت المتعة
على خمسماية فانه تجب المتعة على خمسماية تجب المتعة عنده كما
في العشرة والعشرين قوله واذا تزوجها على حيوان غير موصوف
صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك
وان شاء اعطاها قيمته قال رحمه الله معنى هذه المسئلة ان يسمي
جنس الحيوان دون وصفه بان تزوجها على حمار او فرس اما اذا لم يسم
الجنس بان تزوجها على دابة لا تصح التسمية ويجب مهر المثل وكذا لو
تزوجها على حيوان او ثوب او دار او لؤلؤ هكذا في الذخيرة وهذه
الجهالة جهالة الجنس وكانت مانعة لفحش الجهالة والاولى جهالة
النوع والصفة وهي غير مانعة لانها دون جهالة مهر المثل وكذا
التزوج على بغل او ناقة او جزور او شاة او بقرة او عبد او عبدا وجارية
او ثوب هروي او مروي وفي المحيط التسمية لا تصح مع جهالة الجنس
والنوع والصفة وتصح مع الجهالة المستدركة وهي جهالة الوصف

لان بعض الجهالة يعتبر في النكاح وهو جهالة مهر المثل وجهالة الوصف دونها وهي جهالة الحمار والفرس الى اخره والاصل ان كل جهالة كانت دون جهالة مهر المثل او فوقها يمنع صحة التسمية مثل جهالة الجنس وجهالة الحيوان والدابة والثوب والدار ان اللولو نحو وجهالة الجنس اذ الدابة لغة لما دب على وجه الارض في الحقيقة العرفية اسم لذوات الحافر وهي الفرس والبغل والحمار فهي اجناس والحيوان لما قامت به الحياة والدار ملحقة بالاجناس فانها تختلف باختلاف البلاد والجاد والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فكانت جهالتها فوق جهالة مهر المثل والثوب يكون من الصوف والوبر والشعر والقطن والكتان والقز والابريسم وغير ذلك فكان اجناسا فيجب فيها مهر المثل بالغا ما بلغ ذكره في الذخيرة كما لو لم يسم لها مهرا وفي المحيط وكذا لا يصح التسمية مع الخطر والغرر كالتزوج على ما في بطن جاريته او على ما في بطن غنمها او على عبده الابق او جمله الشارد بخلاف الخلع فان ذلك يصح فيه لان الغرر لا يمنع صحة الخلع بدليل انه لو قال لها ان قدم فلان فقد طلقتك على الفصح ولا كذلك النكاح وفي الجواهر لا يجوز بمجهول ولا بما فيه غرر الا ان خف فيجوز على بيت او خادم او عدد من الابل والغنم من غير وصف فيكون لها الوسط من ذلك وفي المغني لو تزوجها على ثوب او دابة او حيوان لا يصح وان تزوجها على عبد او امة او فرس او بغل او حمار او ثوب هروي او مروي يصح ولها الوسط من ذلك وان تزوجها على عبد من عبيده او قميص من قمصانه او عمامة من عمايه يصح ويجب الوسط من ذلك او القرعة ومنهم من لم يصح اصداق عبد من عبيده ولا اصداق عبد مطلق ومنهم من جوز اصداق عبد من عبيده ومنع اصداق عبد مطلق واوجب الشافعي في ذلك كله مهر المثل للجهالة واعتبره بالبيع ولا يصح لان مدرك التباين متباين مختلف جدا اذ ليس المقصود من النكاح المغابنة والمكاسبة والمماكسة والمشاححة بل المقصود منه المكارمة والمحاسنة والمساهلة والمطايبة والتالف والتوالد والتناسل عكس البيع

ولهذا

ولهذا يصح النكاح مع السكوت عن المهر ومع نفيه بالكلية بخلاف البيع ولانه معاوضة غير المال بالمال فلا يمكن الحاقه بمعاوضة المال بالمال ويصح النكاح على مهر المثل ولا يصح المبيع بالقيمة مع ان مهر المثل قيمة البضع وفي البسيط اعتق امته على خمر يجب عليها قيمتها ولو نكحها بالقيمة التي له عليها وكانت معلومة صح وان كانت مجهولة صح النكاح وكذا الصداق في احد الوجهين مع الجهالة ولا قايل بصحة البيع مع الجهالة ولو اصدقها على عبد ثم ظهر مغصوبا او حرا يجب قيمته وبعد ان الحر عبدا على قول ضمان العقد وهو الاصح عندهم ولا يقولون بصحة البيع في قيمة العبد الذي ظهر حرا وفي البسيط الصداق ليس بركن في النكاح وان كان عوضا وهو دائر بين الاعواض وبين النحله وهذا لما لم يكن المعقود عليه ما لا جعلناه بمنزلة التزام المال كالدية والاقارير والنذور ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم العلايق ما تراضى عليه الاهلون رواه ابو بكر النجاد وغيره فيعمل به فيما حصن ولان جهالة ما ذكرنا اولى من جهالة مهر المثل وقد رضينا بجهالته فكيف يبطل ما رضيا به ويوجب ما هو اكثر جهالة منه وهذا اخلف وشرطه ان يكون جنسه معلوما ليعلم الوسط منه رعاية الجانبين اذ هو الواجب والوسط ذو حظ من الجانبين نصفه من الجيد ونصفه من الردي وهو الطرف الادنى من الجيد والطرف الاعلى من الردي او لان الوسط دون الارفع فوق الادنى والردي فكان اعدل وفي الزام الزوج الارفع ضرر به وفي الزام الزوجة الادنى ضرر بها والزامهما الوسط خال عن الضرر بالزوجين فكان اولى ثم اختلفوا في الارفع والاوسط والادنى من العبيد في الذخيرة الوسط في زماننا دون التركي وارفع الهنود عند ابي حنيفة رضي الله عنه وفي المحيط في بلادهم السندي لان الخادم عندهم انواع ثلثة رومي وسندي وحبشي فالاعلى الرومي والادنى الحبشي والاوسط السندي وفي بلادنا تركي وصقلبي وهندي فالوسط الصقالبة وفي المبسوط ارفع الخدم الترك وادون الخدم الهند والوسط السندي فالوسط ادنى الترك

على الهنود في بلادنا لان السنود لا توجد عندنا وفي البدائع لو تزوجها على وصيف
ابيض صح لانه يصح بدون الوصف فبالوصف اولى والجيد عندهم الرومي
والوسط السندي والردي الهندي والجيد عندنا التركي والوسط
السندي والردي الهندي وقيمة الجيد خمسون دينارا والوسط
اربعون والوسط اربعون والردي ثلثون وقيمة الثيب الوسط اربعون
دينارا او المعيب فيه القيمة بلا خلاف وفي المغني الوسط من العبيد السندي
والمنصوري والاعلى التركي والرومي والادنى الزنجي والحبشي وفي المبسوط
الوصيف الابيض خمسين دينارا وفي المحيط قيمة الوسط اربعون دينارا
وان سمى عبدا ابيض خمسون دينارا فان اتى بعبد ابيض لا يساوي خمسين
دينارا اجاز ولا معتبر بالقيمة عند دفع العين وان كان لا يساوي خمسين
دينارا هذا كله قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما على الغلاء والرخص
في كل بلد وكل زمان وعليه الفتوى وتجبر الزوجة على قبول القيمة
كما تجبر على قبول الوسط من ذلك عندنا وقال زفر ومالك وابن حنبل
لا تجبر على قبول القيمة واختار القاضي من الحنابلة اجبارها على قبولها
وان سمى عبدا وسطا او جيدا او رديا كقول اصحابنا لان الوسط لا يعرف
الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعين اصل بالتسمية فيخير الزوج
بينهما ولان قيمة الوسط اعدل من الوسط بدليل ان من اتلف
الوسط من ذوات القيم يغرم قيمته لا وسطا من ذلك الجنس وقد ثبت
الوسط في ذمته واجبرت على قبول مثله من الوسط فلان تجبر في قبول
قيمة المثل اولى لما ذكرنا وان عين العبد ونحوه يجبر على تسليمه وتجبر
الزوجة على قبضه لتعينه بالتعيين وكذا ان اضاف بان قال على عبدي
او ثوبي لا تجبر المراة على القيمة فالحاصل ان القيمة لا تدخل الا في ذلك
اذا ذكره مضافا الى العاقد ذكره محمد في السير الكبير في باب الامان
لان الاضافة من اسباب التعريف كالاشارة والله اعلم فان قيل يبطل ما ذكره
بالوصية فان من اوصى لعشرة من رقيقه وهلك رقيقه ثم استفاد رقيقا لا

تبطل

تبطل الوصية فلو كانت الاضافة كالاشارة لبطلت قلنا الاضافة كالاشارة
من وجه من حيث ان كل واحدة منهما للتعريف من كل وجه فالحقناها بالطلاق
في باب الوصية لانه اوسع وعملنا بالشبهين والدليل على التفرقة بين
التصرفين ان الوصية تصح بحمل جاريته وبما تثمره نخيله العام وبجميع ماله
ولا يجوز التجوز على شيء من ذلك **فوائد مهمة** ذكر في الزيادات والمحيط
ان جهالة الجنس تفسد الوكالة وجهالة النوع لا تفسدها كما قلنا في المهر
المسمى فاذا وكله بشرا فرس او بغل او حمار جاز وان لم يسم الثمن وبشرا عبد
او جارية لا يصح ان لم يسم الثمن يفرق فيها بين العبد والجارية وبين
الفرس والبغل والحمار فجعل فيها الجهالة جهالة الجنس وفي الفرس ونحوها
جعل الجهالة جهالة النوع والصفة وفي الصداق سوى بين الكل وجعل
الجهالة في الكل جهالة الصفة وفي الوكالة بشرا دار ان سمى الثمن جاز
كالعبد والجارية الا في رواية الامالي عن ابي يوسف فانه لا يصح وان سمى
ثمنا وفي الثوب والدابة لا يصح وان سمى الثمن ففرق فيها بين الدار وبين
الثوب والدابة وفي المهر سوى بين الثلثة وجعل الجهالة فيها جهالة
الجنس كما سوى ابو يوسف في رواية الامالي وان وكله بشرا ثوب يهودي
جاز كالمهر يشتري له شيا او ثوبا او اثوابا او ثلثة اثواب او الاثواب لم يجز
وكذا لو قال دابة وان وكله ان يشتري له اشيا او الاشيا او الدواب او
الدواب او ثيابا او الثياب جاز التوكيل وقياس ذلك ان يجوز في الدور
والدور لا يجوز وبدار كما يعرف من كتاب الوكالة من الزيادات والمحيط قوله
وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر مثلها وقد ذكرناه ويجب
بالغا ما بلغ ولو سمى جنسا من اجناس الثياب بان قال على ثوب هروي
او مروي او يهودي صحت التسمية ويخير الزوج بين دفع الوسط
منه وبين قيمته كما تقدم وكذا بالغ في صفته في ظاهر الرواية بلى
قال في البدائع ولم يفصل بينهما اذا اسمى له اجلا او لم يسم وقال ابو يوسف
اذا ذكر له اجلا اجبر على تسليمه وان لم يؤجله يجبر وعن ابي حنيفة يجبر

على تسليمه من غير خيار وهو قول زفر وكذا ذكره في التحرير لانه لا يثبت في الذمة
ثبوتا صحيحا الا مؤجلا بدون الاجل فاشبه العبد والفرس وفي البدايع عن ابي حنيفة
روايتان فيما اذا وصف الثوب واجله في رواية عنه يجبر على القيمة كغير
المؤجل وفي رواية كقول ابي يوسف كما في السلم وان تزوجها على مكيل موصوف
غير الدراهم والدنانير يجبر الزوج على دفعه ولا يقبل منه العوض الا
برضاها وان لم يصفه صحت التسمية ويجبر الزوج ان شاء اعطاها قيمته
هكذا ذكره الكرخي في جامعه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر على
الوسط ولا يقبل منه قيمته لان الشرع لما اوجب الوسط فقد تعين
وتعيين الشرع كتعيين الزوج فصار كما لو عينه ولو سمى الزوج
الوسط يجبر على تسليمه كذا هذا بخلاف العبد فانه لو نص فيه على
الوسط لا يجبر على تسليمه بل يخير فكذا اذا اوجبه الشرع ووجه الاول
ان القيمة اصل في ايجاب الوسط وكذا في التسليم كما في العبد هكذا
ذكره في المحيط والبدايع وغيرهما وان تزوجها على بيت وهو بدوي
يلزمه بيت من شعر او وبر اذ هو نوع من الثياب وان كان حضريا
قال محمد لها بيت وسط قال اراد به ثياب بيت ولهذا قال مما يجهز
هناك والتجهيز لا يكون بالبيت قال صاحب المحيط وفي عرفنا يراد
بالبيت المبني الذي يسكن فيه المدر فلا يصح فيه مهرا اذا لم يكن
معينا وفي المبسوط المراد بالبيت متاع البيت وهو معروف بالعراق
وهو مما يجهز به تلك المراة وينصرف الى الوسط منه وعن ابي يوسف
قيمته اربعون دينارا وفي جوامع الفقه هو على متاع بيت وسط في
عرفهم وفي عرفنا يجب مهر المثل وان عين البيت فهو على عينه
بخلاف الدراهم والدنانير وفي تعيين الدينار روايتان والفلوس
التي تروج كالدراهم والعطارفة كذلك وفي المواضع التي لا تروج
فيها تتعين والموزون والمعدود باعيانها تتعين والزوجة اخذ
عينها وقال مالك رحمه الله يجب فيها مهر المثل وقد تقدم وينبغي

الاشراف يجوز التزوج على بيت وخادم ويجب خادم وسط وفي مصنف ابي
بكر بن ابي شيبة قال الحسن وابن سيرين والنخعي يجوز النكاح على الوصف
والوصايف ويجب بيت معروف ان كان من بيوت العرب وكذا في بيوت
العرب الحضر وينصرف الى المعروف ان كان معروفا وقال الشافعي
يجب مهر مثلها ومثله عن ابي ثور بالدخول او الموت وبالطلاق قبل
الدخول يجب المتعة قال ابن المنذر وبه نقول وعند الشافعي يجب
نصف مهر المثل عند الظاهرية يفسد النكاح في ذلك كله **فرع**
ذكره في المحيط ان وجت نفسها بمهر امها جاريته وفي الذخيرة هو الصحيح
ولو طلقها قبل الدخول بها فلها نصفه ويجبر اذا علم بقدر مهر امها
وفي جوامع الفقه لو تزوجها على مثل مهر فلانه يجب مهر المثل وكذا
لو تزوجها على قيمة هذا العبد او قيمة عبد او على سكنى دار موقوفة
او على ان يخدمها ما عاش او يرد ابقها او على دراهم او ناقة من هذه
الابل او على ثوب قيمته عشرة او قال بجميع ما املكه يجب في ذلك كله
مهر المثل وفي المرغيناني هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف
رحمه الله يعطيها ناقة من ابله وروي انه تزوجها على ثوب وخمسة
الدراهم لها مهر المثل ولو طلقها قبل الدخول فلها الخمسة ولو قال
على ما في يدي وفيها عشرة دراهم ان شاءت اخذتها وان شاءت اخذت مهر
المثل ومثله على نصيبي من هذه الدار وفي المرغيناني على خادم بعينه
نكاحا فاسدا او دفعه اليها ما عتقها قبل الدخول فالعتق باطل وبعده
جائز تزوجها على غنم بعينها على ان اصوافها له كان له الصوف استحسانا
ولو تزوجها على جارية حبلى على ان ما في بطنها له فسدت كالبيع والهبة
قال تزوجتك على حكمي يجب مهر المثل الاكبر بحكم ما كثر منه فيجب ذلك وعلى
حكم فلان فحكم باقل من مهر المثل فلا بد من رضاها وباكثر لا بد من رضاه
وفي المغني تزوجها على حكمها او حكمه او حكم اجنبي لا يصح وهو قول
الشافعي وقال مالك يجوز فان وقع الرضى بالحكم فيه والا فسخ ولا شيء لها

فان فرض لها مهر المثل لزمها النكاح وقال ابن حزم في المحلى يفسد النكاح فيه
ولو تزوج امراة على الف مؤجل لا يصح التاجيل ويؤمر الزوج بتعجيل ما
تعارف اهل بلده تعجيله ويوخذ الباقي بعد الطلاق او الموت ولا يجبر
على تسليم الباقي ولا يجبر عليه وفي قنية المنية هو عادت خوارزم
فان طلقها حنفيا لا يصير المهر حالا حتى تنقضي العدة وبه قال عامة
المشايخ وقال القاضي البديع وقاضيخان يصير حالا ولو قال بعضه
معجل وبعضه مؤجل ولم يزد يجوز ويحمل التفرقة او بالموت او الطلاق وقيل
يصير حالا وهو اقرب الى الحق وفي الذخيرة الصحيح الصحة هي العرف والعادة
معلومة في نفسها وهو الطلاق او الموت وفي البدايع اذ ذكر اجلا مجهولا
كالميسرة وهبوب الريح ومجي المطر وقال تزوجتك على الف مؤجلة
فهي حالة لان الاجل لم يثبت للجهالة الفاحشة وان تزوجها على الف
على ان ينقد ما تيسر له والبقية الى سنة كان الالف كلها الى سنة الا ان تقيم
الزوجة بينة على انه قد تيسر له منها شي او كله فتاخذه وفي المغني
ويجوز المهر معجلا ومؤجلا وان لم يذكر اجله قال القاضي المهر صحيح ومحله
الفرقة قال ابن حنبل لا يحل الاجل الا بموت او فرقة وهو قول الشعبي
والنخعي والحسن وحماد والثوري وابو عبيد يكون حالا وقال اياس
ابن معوية وقتادة لا يحل حتى تطلق او تخرج من مصرها او يتزوج عليها
وعن مكحول والاوزاعي والعنبري يحل الى سنة بعد دخوله وقال
الشافعي لها مهر المثل اختاره ابو الخطاب من الحنابلة وقال مالك
ان كان عرفهم انه لا يوجد الا عند الموت او الطلاق فانه ينظر الى
مهر مثل تلك المراة بالعقد فيعطى مثله ان دخل بها وان لم يدخل بها
يعجل المهر ولا يفسخ ذكره عنه ابن المنذر في الاشراف وان تزوجها على
الف الى هبوب الريح او مجي المطر وان تزوجها الى الحصاد او الدياس
او النيروز او المهرجان قال الاسبيجابي لا رواية لهذه المسئلة في الكتب
الظاهرة وقال السرخسي الصحيح صحة التاجيل الى هذه الاشيا في الصداق

كالكفالة وفي المرغيناني يجوز التزوج الى الحصاد والدياس في الصحيح ومن
المشايخ من قال لا يثبت الاجل في الصداق الى هذه الآجال وفرق بين
الصداق والكفالة بان ما هو المعقود عليه وهو المراة لا يحتمل الجهالة
فكذا الاجل بخلاف الكفالة قال والاول اصح لانه يبقى بخلاف الدين المستحق
بالعقد لا في العقد والله اعلم **مسائل متفرقة** في قنية المنية
تزوج امراة بمهر معلوم لا يجب والجاز اسماعيل المتكلم وقال القاضي عبد الجبار
يجوز [illegible] الشهادة في المهر بغير شهود ولا يصح من غير قبول والاصح اشتراط
قبولها في المجلس ذكر المرغيناني قال لمطلقته الرجعية راجعتك على الف ان
قبلت جاز ويشترط قبولها في المجلس على الاصح تزوج امراة بالف ثم جدد ثم ما
تعين ذكر شيخ الاسلام زاده ان على قول ابي حنيفة ومحمد لا يلزمه الباقي وبعض
المشايخ ذكر الخلاف على العكس وقيل الخيار عندنا عدم لزوم الزيادة لانها في
ضمن النكاح ولم يصح هكذا في الفتاوى الظهيرية وفي القنية قالت زوجتك
نفسي بخمسين دينارا وابراتك من الخمسين فقالت قبلت ينعقد بمهر المثل قال
زوجتك بمهر جائز في الشرع ينصرف الى مهر المثل هكذا في فتاوى ابي الليث
وقاضيخان وقال برهان الدين صاحب المحيط ينصرف الى عشرة دراهم ولو زوجها
على اكثر من مهر مثلها على انها بكر فاذا هي ثيب لا تجب الزيادة وفي المرغيناني
قال زوجتك ابنتي بالفي درهم على ان الفا منها في مالي وعليك الف فقال الزوج قبلت
كان المهر كله على الزوج والاب ضامن الفا بامره فيرجع عليه اذا ادى وفي جوامع
الفقه لو تزوجها على دينار وشي يجب مهر المثل ولا يزاد على دينار وشي وسوي
عشرة دراهم ولو قال على اقل من الف درهم يجب مهر المثل ولا يزاد على الف
قوله فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها
والمشهور عن مالك في الخمر والخنزير قصر الفساد على الصداق وصحة
الصداق النكاح ووجوب مهر المثل فيها قال في الجواهر يفسخ النكاح قبل
الدخول ويثبت بعده على المشهور وهل فسخه على الاستحباب والوجوب فيه
قولان وعند الشافعي يجب مهر المثل وفي قول قيمته وعند ابن عبد العزيز

من الحنابلة وهو قول الظاهرية ومثله التزوج على الميتة والدم والاول
قول العامة كالاوزاعي والثوري والايمة وغيرهم لان فساد الصداق لا يفسد
النكاح اذا ذكر ملك الاشيا وعد مه سوا لانها ليست باموال والمسلم ممنوع
من تمليكها وتملكها وجب مهر المثل كالمفوضة واصل الشافعي يقتضي ان لا يجب
مهر المثل ههنا بالعقد كالمفوضة لان ذو الحر والخمر والخنزير ليست
بما له فيه نظر قال الاصحاب قالوا فيها انها مال غير متقوم في حق المسلم لان
المال ما يتمتع فيه الشح والصفة والخمر بهذه المثابة وقوله لان شرط قبول الخمر شرط
فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع فانه يفسد بالشروط الفاسدة
قلت هذه الاشيا جعلت عوضا في النكاح لا شرطا لكن ان جعل هذا التزويجا بمهر
المثل وقبولها شرطا استقام التعليل وفي البيع ان جعل بيعا بالقيمة والقبول
على هذه الاشيا شرطا فاسدا كان فساد البيع للقيمة لا للشرط الفاسد ولا
يمنع ان يكون الفاسد بهما وان كان مراده الفرق بينهما ان البيع يفسد
بالشروط الفاسدة في الجملة بخلاف النكاح لا في مسئلة الكتاب استقام ايضا وان
تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خل فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة
وهو احد قولي الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد وابن حنبل يجب لها مثل وزنها
خلا وفي الذخيرة ذكر في كتاب نكاح الاصل اذا تزوجها على هذا العبد فاذا هو
حر او على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر او على هذه الذكية فاذا هي ميتة
فسدت التسمية ولها قيمة الحر لو كان عبدا وقيمة الشاة لو كانت ذكية
وفي الخمر مثل ذلك الدن من الخل الوسط هكذا ذكره في الاصل وفي القدوري
ذكر ان على قول ابي يوسف في العبد لها مثل ذلك الحر عبدا في الاوصاف ومثل
تلك الشاة الميتة شاة ذكية وقال محمد الحر والشاة الميتة مثل ما قال ابو
حنيفة وفي الخمر مثل ما قال ابو يوسف وذكر الكرخي في الجامع الصغير
الذي صنفه انه لو تزوج على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل او على هذه
الشاة الميتة فاذا هي ذكية او على هذا الحر فاذا هو عبد قال روى ابو يوسف
ومحمد عن ابي حنيفة ان لها مهر المثل وهو قول محمد وقال وهذا من ابي حنيفة
ترك

ترك لاصله يريد به انه اعتبر الاشارة في المسائل المتقدمة حتى اوجب فيها مهر
المثل لان المشار اليه لا يصلح مهرا لكونه ليس بمال وفي هذه المسائل المشار
اليه صالح مهرا لانه مال ومع هذا لم يعتبره واوجب مهر المثل فهذا معنى
قوله ترك اصله قال في الذخيرة ويمكن ان يقال ان مهر المثل اصل عنده فلا
يصار الى غيره الا اذا صح من كل وجه فعلى اعتبار التسمية لا يصح وهي معرفة
كالاشارة فاعتبر الاشارة فيما تقدم والتسمية ههنا حتى لا يعدل عن الاصل
بالشك وقيل الاعتماد على رواية ابي يوسف اصح الروايتين وفي المرغيناني
هي ظاهر الرواية عنه وفي المبسوط كما ذكره في البدايع والظاهر انه منه
اخذه ثم ذكر في المبسوط والاسبيجابي والوبري والمرغيناني وقاضيخان
ان لها مثل ذلك الدن من الخل الوسط وفي ملتقى البحار لها مثل وزنها
خلا كما ذكره في الكتاب والظاهر ان المعتبر فيه الوزن لانه وزني وان
احتمل ان يكون احدهما في الوزن اثقل من الاخر وعبارة بقية الكتب التي
ذكرتها محتملة وفي جوامع الفقه اذا تزوجها على هذا الدن من الخل او على
هذه الذكية فاذا هو خمر او ميتة يجب مهر المثل فيهما عند ابي حنيفة
رحمة الله عليه وعندهما يجب مثله خلا وذكية او قيمتهما ولم يذكر القيمة
وفي العبد اذا ظهر حرا يجب مهر المثل عندهما وعند ابي يوسف رحمة الله
عليه قيمته ان لم يعلما بكونه حرا وان علما يجب مهر المثل اتفاقا وان قال
على هذا الثوب الهروي فاذا هو مروي فعند ابي حنيفة رحمه الله عليه
يجب ثوب هروي ولم يذكر قول ابي يوسف والجنس يختلف فيجب المسمى وهو
مال ولو قال هذا القفيز من الحنطة فاذا هو شعير او على هذا الخل فاذا هو
زبيب يجب المسمى بقدره عند ابي حنيفة وعند محمد يجب الشعير قال
والظاهر انه يجب مهر المثل ولو قال على هذا الزق من السمن فاذا هو
زيت يجب المسمى بقدره عند ابي حنيفة رحمة الله عليه وعند محمد يجب الشعير
قال والظاهر انه يجب عنده مهر المثل ولو قال على هذا الزق من السمن
وليس فيه شي يجب لها مثل ذلك من السمن ولو قال على هذا الزق من السمن

يجب مهر المثل ولو تزوجها على امة اعتق جنينها او استثنى ولدها يجب مهر المثل كما لو تزوجها على عبد لانه لا يلحقها الاجارة بخلاف عبد الغير وفي غيره اذا استثنى ولدها لها الام والولد كالهبة وان تزوجها على الف ينصرف الى ما هو الاقرب من مهر مثلها من الذهب والفضة وفي الوبري لو تزوجها على هذا العبد فظهر مدبرا او مكاتبا او على هذه الامة فظهرت ام ولد فيجب في ذلك كله القيمة بالاتفاق واجمعوا على ان العبد لو مات في يده قبل القبض او استحق ولم يجز يجب قيمته وفي رواية عن ابي حنيفة اذا كان الدن يساوي عشرة فلها الدن لا غير وان لم يساوي العشرة يكمل العشرة وجه الظاهر ان المقصود المظروف دون الظرف والاصل ان عند ابي يوسف رحمه الله يتعلق العقد بالحلال من المسمى والمشار اليه لانه اطمعها مالا يحصل الحلال المال منهما وعند محمد ان تعلق الخلاف في الجنس يتعلق بالمسمى وهو معدوم فيجب مهر المثل قال الورى وما اصله محمد رحمه الله في المهر قول ابي حنيفة ايضا وفي قاضيخان اعتبر ابو حنيفة رحمة الله عليه الاشارة في الكل وقال الجنس متحد في الفصول كلها فان العبد والحر جنس واحد والذكية والميتة جنس واحد والخل والخمر جنس واحد والاختلاف في الاوصاف وقد عرفت تمشية ذلك كله في المطولات فان تزوجها على هذا الدن من الخمر فاذا هي خل فعند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف ايضا لها الخل اما عند ابي حنيفة فان المعتبر هو الاشارة واما عند ابي يوسف فلا يتعلق العقد بالحلال منهما وعند محمد يجب مهر المثل يتعلق بالمسمى دون المشار اليه لاختلاف الجنس عنده قال في المبسوط وابو يوسف رحمه الله يعتبر التسمية في الفصول كلها يعني في مسائل الكتاب لانه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فيجب قيمته في ذوات القيمة ومثله في ذوات الامثال كما لو هلك قبل التسليم او انه استحق ولو لان العقد مرة يتعلق بالاشارة ومرة بالتسمية فيتعلق بالصحيح منهما ولا يصار الى مهر المثل احسن اعتبار وتخرجها الثه وابو حنيفة رحمة الله عليه رجح الاشارة لقوتها

كما

كما ذكرنا ومحمد رحمه الله فصل واستدل على تفصيله بالاتفاق في البيع فان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج او اشترى شخصا على انه جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما لاختلاف الجنس ويتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم ولو اشترى فصا على انه ياقوت احمر فاذا هو ياقوت اصفر او اخضر يتخير المشتري لتعلق العقد بالمشار اليه وفوات وصف مرغوب فيه الى يسر كما لو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب ولم يجده يحسن ذلك ومثله لو اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي كبش لاتحاد الجنس في الذكر والانثى في غير بني ادم لما عرف وفي مسئلتنا الحر والعبد جنس واحد بدليل ان الحر الصغير يصير عبدا والعبد حرا وان منافع الحر والعبد متقاربة والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت بينهما فان احدهما لا يسد مسد الاخر وما يصلح له الخل لا يصلح له الخمر والخل بعد استحكامه لا ينقلب خمرا وفي الفتاوى هذا الاصل الذي ذكره محمد اذا لم يعلم المشتري انه من خلاف جنس المسمى فاذا علم انه من خلافه فالعبرة للمشار اليه انه كما لو قال بعتك هذه الحمار واشار الى عبد صح البيع اذا علم المشتري به وعلى هذا قال اشتري لي بهذا الالف الدرهم واشار الى دنانير او بالعكس تعلق التوكيل بالمشار اليه وجعل ذكر الدراهم والدنانير للمدح والذم وعكس هذا في المحيط قال اشتر لي بهذا الالف الدرهم الذي في هذا الكيس جارية فاشتراها بالالف فاذا في الكيس سبع مائة فالجارية للامر وان كان المشار اليه من جنس المسمى وعند اتحاد الجنس يتعلق التوكيل والبيع والمهر بالمشار اليه وهنا علقه بالمسمى لكن في تعليقه بالمشار اليه ضرر بالتوكيل لان المسمى معدوم فيه فتعلق بالمسمى وان كان من جنس المشار اليه لهذه الضرورة حتى لو كان الوكيل علمه شراه بالالف على الامر وفيه ايضا اشتريت منك بهذا الخنزير وهو شاة جاز وفي المبسوط ابو حنيفة يقول الخمر مع الخل جنس واحد لان الاصل واحد وهو العصير والذهب واحدة وهذه اوصاف تعرض على العين فلا يوجب تبدل الجنس كالصغير والكبير في الادمي والله تعالى اعلم قلت

يرد عليه مسألة الجامع وهي إذا حلف لا يذوق هذه الخمرة فصارت خلا فأكله لم يحنث
الجنس بتغاير الوصف لغوا في الحاضر وإلحاقه بالآدمي في الصغر والكبر
ويمكن أن يقال في الجواب أن الخمر والخل جنسان في العرف ومبنى الأيمان عليه
وإن كانا جنسا واحدا في الحقيقة أو نقول الصفة إذا كانت داعية لليمين
يعتبر في الحاضر كما إذا قال إن دخلت دار فلان هذه فدخلها بعدما باعها
لا يحنث واستشهادهم على هذه القاعدة بمسألة الحلف على أن لا يأكل هذا
الرطب أو هذا العنب فصار الرطب تمرا والعنب زبيبا لا يحنث بالأكل
منهما وأكلهما غير مستقيم ولا يدل على اعتبار الصفة في الحاضر إذا كانت
داعية لليمين لوجهين أحدهما أن الرطب والعنب بعدما صار زبيبا
وتمرا يصيران جنسا آخر بخلاف الحيوان فإن الصغر والكبر لا يصير جنسا
آخر بل الكبير هو ذلك الصغير بعينه فلهذا لو زوج الصغير صغيرة
وكبرا ثم [illegible] جرى التوارث بينهما ويحل وطء زوجته التي زوجها صغيرة
وهو صغير والوجه الثاني أنه لم يحنث فيهما بعدما صار تمرا أو زبيبا لأنه
أكل بعض ما حلف عليه لزوال بعض المحلوف عليه بخلاف الصبي والحمل
إذ الجنس لم يتبدل بينهما بالكبر والعين التي حلف عليها باقية قائمة على
حالها لم تنقص بل ازدادت والزيادة في شرط الحنث لا تمنع الحنث وهذا
هو الفرق الصحيح وفي المحيط الحر والعبد عند أبي يوسف رحمه الله جنسان
وعندهما جنس واحد وكذا الخمر والخل عند أبي حنيفة رحمه الله ولو تزوجها
على عصير فتخمر قبل قبضه عن أبي يوسف رحمه الله لها مثله ولم يذكر قولهما
وفي خزانة الأكمل تزوجها على مائة رطل خل يعتبر الغالب في البلد من خل
التمر والعنب وإن استويا في الغالب يجب مهر المثل وفي جوامع الفقه
تزوجها على دينار وشيء فالشيء أقل من نصف دينار وجب فيه مهر المثل
وفي خزانة الأكمل يجب دينار ونصف الاشى تزوجها على مغصوب
ولم يجز يجب قيمته في ذوات القيم ومثله في ذوات الأمثال وبه قال ابن القاسم
من المالكية ذكره في الجواهر وابن حنبل وكذا في العبد إذا ظهر حرا عنده

وهذا

وهذا قول شريح وابن أبي ليلى وأبي ثور وقال مالك يجب فيه مهر المثل
وفي البسيط يجب قيمته وفي قول مهر المثل وفي المنهاج يجب فيه
مهر المثل وفي قول قيمته قال ابن قدامة في المغني هو قوله القديم
وفي الجديد مهر المثل وفي المغني أصدقها هذا الحر أو هذا المغصوب
يجب مهر المثل وفي المثلي إن ظهر مغصوبا فلها مثله كقولنا وإن
أصدقها جرة خمر فخرجت خلا أو مغصوبا فلها مثلها خلا قال ابن
قدامة وهو قول أبي حنيفة وغلط في نقل قوله وقال القاضي منهم
لها قيمته لأن الخمر ليست بمال ولا من ذوات الأمثال ولو قال
أصدقتك هذه الخمرة وأشار إلى الخل أو عبد فلان وأشار إلى عبده
نفسه يجب المشار إليه وإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما
حر فليس لها إلا العبد الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة
ويكمل العشرة إن لم يساويها وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة
الحر لو كان عبدا وقال محمد لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها إن
كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد وهو رواية عن أبي حنيفة
وفي المحيط وروى محمد عن أبي حنيفة أن لها مهر المثل وقال ابن
حنبل لها العبد وقيمة الحر آخذ بقول أبي يوسف وكذا لو ظهر
مغصوبا وعند الشافعي رحمه الله يبطل في الحر والمغصوب
ويصح في المملوك في الأظهر وتتخير فإن فسخت فمهر المثل وفي قول
قيمته وفي البسيط المطالبة ببدل ما لم تملكه المرأة بعبده عن
موجب قياس ضمان اليد لكن قد رضيا بمالية هذا العوض
ورضيا بمهر المثل والرجوع إلى ماليته أولى من الرجوع إلى مهر
المثل الذي قد رفضاه ولم يتعلق رضاهما به مع الجهالة الفاحشة
وبعد اعتباره ولأن عند عدم الإجازة يتعذر تسليمه فيرجع
في الخمر والخنزير إلى قيمته كهلاكه مع صحته والحر يقدر عبدا
فيقدر قيمته وتقدير الرضى بماليته ممكن لكن هو أبعد من
المغصوب وفي المجهول يتعين الرجوع إلى مهر المثل قولا واحدا
لأن الرجوع إلى قيمة المجهول محال ولأبي يوسف أنهما لو ظهرا
حرين يجب قيمتهما عنده فكذا إذا ظهر أحدهما اعتبارا للبعض
بالكل ولأنه أطمعها عبدين وعجز عن تسليم أحدهما فيجب قيمته

كما لو هلك في يد الزوج وهو عبد ولا يجب قيمة عبد وسط لاعتبار
الاشارة من وجه ولمحمد لو كانا حرين يجب مهر المثل عنده فاذا كان
احدهما عبدا والاخر حرا يجب العبد وتمام مهر مثلها لعدم رضاها
بدون مهر المثل الا بسلامة العبد من كونهما فصار كما لو تزوجها
على الف وعلى ان يهدي لها هدية او على ان لا يخرجها من بلدها
او على ان لا يتزوج عليها وهذا اقوى في الزام ابي حنيفة رحمه الله
ثلث روايات في المسألة والفرق له بين الالف والالفين حيث
اوجب فيها مهر المثل وبين العبدين اذا ظهر احدهما حرا
في ظاهر الرواية ان كون العبد الباقي في ذوات مهر المثل
ان الثابت هنا احدى التسميتين وليست احدهما اولى
من الاخرى فلا يثبت واحدة منهما فيجب مهر المثل اما هنا
فتسمية العبد الباقي ثابتة قطعا فيمنع المصير الى مهر المثل
وفي الفرق لابي يوسف بين التزوج على الف وعلى ان لا يتزوج عليها
واخواته انه لم يطمعها مالا وانما شرط مرغوب فيه فيكمل
مهر المثل عند فواته ولا يمكن ايجاب قيمته والهدية مجهولة
لا يمكن ايجاب قيمتها او مثلها والعذر لابي حنيفة على الظاهر
ان الالتزام وترك التزوج عليها وترك اخراجها يمكن الوفاء بها
فلم تكن راضية بالمسمى بدونها واذا كان احدهما حرا لا يمكن الوفاء
بالحر لانه ليس بمال ولا هو شرط مرغوب فيه فكانت راضية
بالعبد الباقي الذي هو مال ووجه اخر انه لا يمكن الوقوف
على المشروط هناك في الحال ويمكن معرفة الحر قبل العقد فكان
بدونه فلا يكمل مهر مثلها وان تزوجها على ان يشتري لها هذا العبد
او اباها فان قدر عليه بثمن المثل فعليه تحصيله ودفعه اليها
ولا يتسلمه قيمته ولها قيمته عند العقد وبه قال ابن حنبل
وعند الشافعي لها مهر المثل وفي المنتقى لو تزوجها على دين له
على انسان ان شاءت اخذته منه وان شاءت من الزوج اذ الدين
مال ولو تزوجها على الفين الا منها لله تعالى وللخاطب او للولي
او لفلان فالمهر الف لانه اخرج من المهر واستثنى في كلام واحد
ذكره في المحيط ومثله في الخزانة وفيها لو لم يقل منها فالكل مهرها

وكذا

وكذا الف لها والف لفلان ولم يقل منها فان الكل مهرها وكذا لو قال الولي
زوجتك على الف على ان مائة لي فالكل لها وعند ابن حنبل كما لو شرطه
ويروى عن مسروق انه شرط لنفسه عشرة الاف درهم لما زوج
ابنته فجعلها في الحج والمساكين ومثله عن علي ابن الحسين زين العابدين
وقال عطا وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري
جميع ذلك للمراة كما قلنا وليس هذا امرا هينا ولعلهم اقتفوا بقصة شعيب
وفي الجواهر تزوجها على الف على ان لابيها الفا جاز وكان الفان
لها وقال اشهب لو تزوجها على ان يهب لفلان عبدا جاز فان
طلقها قبل البناء بها رجع بنصف العبد قلنا اشتراط الثمن
لغير البائع خلاف الاجماع فكذا المهر لانه بدل البضع وقد
اثبت الائمة الثلاثة الشفعة في شقص من الدار متزوج عليه
وقصة شعيب منسوخة ولا شريعة من قبلنا اذا لم شريعة
لنا اختلف العلماء فيه ولو تزوجها على عبد اشتراه
منها جاز ويكمل العشر ان نقص العيب عنها وجواز التزوج
على صحة العيب استحسان والقياس ان لا يجوز لان العيب وصف
في المحل ولهذا ليس للمشتري امساك المبيع والرجوع بنقصان
العيب ووجه الاستحسان ان الفائت جزء من المبيع فيعتبر
بالكل ولو تزوجها على نصيبه من هذه الدار فلها ذلك عند
محمد وعند ابي حنيفة ان شاءت اخذت النصيب وان شاءت مهر
مثلها ولا يجاوز به قيمة نصيبه من الدار ولو تزوجها على
هذه الاثواب العشرة فاذا هي احد عشر ثوبا فان محمدا يعطيها
عشرة اثواب منها ايها شاءت وقال ابو حنيفة ان كان مهر
مثلها مثل اجودها او زيادة فلها اجود العشرة وقال في
البدائع وعليه الفتوى وهو مثل من تزوجها على احد هذين
الثوبين او العبدين وان وجدها تسعة قال محمد لها التسعة
وتمام مهر مثلها وقال ابو حنيفة لها التسعة لا غير وفي خزانة
الاكمل ولو كان مهر مثلها الفا فاصطلحا على الفين صح في حال قيام
النكاح فكانه زادها الفا وبعد الطلاق قبل الدخول او بعد
الموت مع الورثة لا يصح لتعذر زيادة المهر قوله واذا
فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا

مهر لها وكذا بعد الخلوة عند اهل العلم قاطبة وعن ابي حنيفة يجب
كالصحيح ولا اصل له لان التمكن حرام فلا يقام مقام الوطء واقام اللمس
والقبلة من غير خلوة مقام الوطء واوجب بذلك كمال المهر ذكره في المغني
ولا يتوقف التفريق بينهما على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين
فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ وكذا عند
الاخرين ان لم يدخل بها وان دخل بها فليس له ذلك الا بحضرة صاحبه
كالبيع الفاسد فان لكل واحد منهما فسخه قبل القبض وليس له ذلك بعده
الا بحضرة الاخر ذكره في الذخيرة ولهذا لا يجب العدة فيه بالخلوة وفي
المبسوط النكاح الفاسد مع الخلوة لا يثبت حرمة المصاهرة اذ ليس فيه
مسيس ولا يتاكد بها المهر لان اصل المهر لا يجب بالنكاح الفاسد
فكيف يتاكد بها وانما يجب باستيفاء منافع البضع واقيمت الوطاة الواحدة
مقام الكل ثم تاكد كل المهر في النكاح الصحيح ومقام الكل في حق وجوبه
كله في النكاح الفاسد ولما اوجب الحال للشبهة وجب مهر المثل حتى لا
تخلو استيفاء منافعه عن العوض لكن لا يزاد على المسمى عندنا خلافا
لزفر وقوله قول الائمة الثلثة واعتبروه بالبيع الفاسد ولنا انهما
قد اسقطا ما زاد على المسمى من مهر مثلها فلا يجب مع اسقاطهما مع
ان المنافع غير مال الا في موضع الضرورة والحاجة وتتقوم بالعقد
وشبه العقد وفيما لم يوجد فيه العقد لا يتقوم الا ترى ان رجلا
جين البنات وبين زوجته زمانا طويلا لا يجب عليه شي بسبب ذلك
مع انه لو اجر وجب بذلك الاجرة المثل في الدار والعبيد وكذا لو نقص
مهر المثل عن المسمى يجب مهر المثل ولا يجب الزيادة عليه بالتسمية
لفسادها والفرق بين رضاها باسقاط الزيادة على مهر المثل حيث
اعتبروا رضاه بالتسمية حيث لم يعتبروا ان الزيادة التي لا تشهد
لها مهر المثل كالمعدوم لفسادها بخلاف البيع لانه مال متقوم
بنفسه ولا يتوقف تقومه على عقد ولا شبهة عقد ولو لم يكن فيه
مسمى او كان لكنه مجهول لا يجب مهر المثل بالغا ما بلغ بالاجماع وعليها
العدة بعد الدخول الحاقا له بالنكاح الصحيح للشبهة في موضع
الاحتياط وتحرزا عن اختلاط النسب واشتباهه ويعتبر ابتداؤها
من وقت التفريق كالطلاق في النكاح الصحيح وقال زفر من اخر الوطات

واختار

١٩٥

واختار ابو القاسم الصفار حتى لو حاضت من اخر الوطات ثلث حيض
قبل التفريق فقد انقضت عدتها عنده ذكره في المبسوط ويثبت نسب
ولدها منه لانه يحتاط فيه احتياطا للولد لان الولد الذي ليس له
اب معروف كالميت لانه ليس له من يربيه ولا من يطعمه ولا يتعهده
فيترتب على الثابت من وجه لهذا المعنى ويعتبر مدة النسب
من وقت الدخول عند محمد قال الفقيه ابو الليث والفتوى على
قول محمد رحمه الله وعندهما من وقت النكاح وهو بعيد لان النكاح
الفاسد ليس بداع الى الوطء ولهذا لا يثبت حرمة المصاهرة بالعقد
الفاسد حتى يكون فيه مس او تقبيل وذكر في كتاب الدعوى من الاصل
اذا تزوجت الامة بغير اذن مولاها ودخل بها الزوج وولدت
لستة اشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج
فقد اعتبر العدة من وقت النكاح لا من وقت الدخول الذي هو
الوطء ولم يحك خلافا قال الحلواني هذه المسئلة دليل على ان الفراش ينعقد
بنفس العقد في النكاح الفاسد خلافا لما يقوله البعض انه لا ينعقد الا
بالدخول وذكر شيخ الاسلام ان الفراش لا ينعقد في الفاسد الا بالدخول
وتاويل هذه المسئلة ان الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة فكانت المدة
فيهما سوا الا انه قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الاحوط
في النسب ان يكون من وقت التفريق ايضا لا من وقت النكاح لان العدة
للنسب وبعد الخلوة في الفاسد لو جاءت بولد ثبت نسبه ووجب المهر
والعدة في رواية عن ابي يوسف وفي رواية عنه لا يثبت ولا يجب
المهر ولا العدة في قول زفر ذكرهما في الذخيرة وان لم يخل بها لا
يلزمه الولد وفي مجموع النوازل لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد
بل هو متاركة فيه ولا يكون المتاركة ايضا حقيقة لعدم مجيء كل واحد
منهما الى الاخر وانما يتحقق المتاركة بالقول بان يقول تاركتك او
تاركتها او خليت سبيلك او سبيلها وعلم غير المتارك شرط لصحة
المتاركة هو الصحيح وهي بالقول لا غير حتى لو تاركها ومضى على غيبتها
سنون لم يكن لها ان تتزوج باخر وقال ثم ان ذلك في المدخولة وفي
غيرها يتفرق بالابدان وتركها بان لا يعود اليها وعلمها في المتاركة
ليس بشرط على الاصح كما في الصحيح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو

متاركة والاقالة كذا عن ابي يوسف ذكره في قنية المنية وفي الاشراف لا
يكون الانسان محصنا بالدخول في النكاح الفاسد وقال ابو ثور يكون
محصنا لان عامة احكامه احكام الصحيح والاعتبار للغالب قلنا هذا
ممنوع اذ لا طلاق فيه ولا ظهار ولا لعان ولا احلال ولا مهر بالعقد وحده
وغير ذلك من الاحكام المختصة بالنكاح الصحيح واجمعت الامة على انه
لا يصير محصنا بالنكاح الصحيح حتى يصيبها وفي الفتاوى عدة الوفاة
لا تجب في النكاح الفاسد ولو وطيها بعد التفريق وحده والله اعلم

قوله ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات عمها
والمراد باخواتها لابيها وامها او لابيها وكذا عماتها من اخوات
ابيها لابيه وامه او لابيه وبه قال الشافعي وابن حنبل وعامة
اهل العلم ولا يعتبر بامها وخالتها الا ان يكونا من قبيلة ابيها
وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وخالتها ونسائها من قوم امها وفي
المبسوط يعتبر بعشيرتها كاخواتها وعماتها وبنات اعمامها وفي
المرغيناني يعتبر بمهر مثل عشيرتها من جهة ابيها كاخواتها
لابيها وامها وفي البدايع يعتبر مهرها بمهر مثل نسائها من
اخواتها لابيها وامها او لابيها وعماتها وبنات اعمامها ومثله
في المحيط وقال وعماتها وبنات عمها فهو محمول على ما اذا كان اماهن
من قبيلتها ولا ينظر الى مهر امها وخالتها الا اذا كانتا من قبيلتها
لان الواجب مهر المثل وهو قيمة البضع وقيمة الشي تعرف بقيمة
جنسه والانسان من جنس ابيه ولهذا كان اكثر خلفاء بني العباس
من الاماء واخرجوا بذلك من ان يكونوا من بني هاشم والهاشمية
لو ولدت من نبطي كان ولدها نبطيا ويعتبر في مهر المثل تساوي
المرأتين في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر
والعفة وفي الينابيع يعتبر المماثلة في خمسة عشر خصلة الجمال
والحسب والمال والعقل والدين والعلم والادب والتقوى والعفة
وكمال العقل وحداثة السن والبكارة وحال الوطء والزوج وان
لا يكون لها ولد وفي المحيط والمرغيناني وغيرهما قيل لا يعتبر الجمال
في بيت الحسب والشرف وانما يعتبر ذلك في اوساط الناس لان الرغبة
فيهن للجمال بخلاف الشرف فان لم يوجد في قرابتها وفي المحيط في بلدها ارجع

بمثل

بمثل جمالها يعتبر بمهر مثلها من الاجنبيات وفي خزانة الاكمل امراة لا مثل لها في جمالها
وما لها في قبيلتها ينظر الى قبيلة اخرى مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة لا يعتبر بالجنسات
وفي الجواهر لان ساير يعتبر فيها اربع صفات الدين والحسب والجمال والمال ومن
شرط التساوي مع ذلك الازمنة والبلاد وفي كتاب محمد يعتبر جمالها ونسائها
في زمانها والرغبة فيها وينظر في الزوج وفي المغني لا يختص باقرباء ابيها عند مالك
وهو مردود بقوله صلى الله عليه وسلم لها مهر نسائها وهو قول الشافعي وابن
حنبل وانما اعتبرت هذه الاوصاف لان مهر المثل يختلف باختلافها لانها يرغب
فيها فيزاد في المهر باعتبارها ويختلف باختلاف البلدان والزمان والبكارة
والسن وليس مهر الثيب مثل مهر البكر ولا تتحقق المماثلة بينهما مع اختلافهما
في تلك الصفات وفي المغني يعتبر التساوي في السن والجمال والنسب والبلد
والزمان والبكارة وغيرها وفي المنهاج يعتبر مهر مثل ما يرغب به في مثلها
وركنه الاعظم نسب يراعى اقرب من ينسب اليه وهو الاخت لابوين ثم
الاب ثم بنات اخ ثم عمات كذلك فان فقد نساء العصبة او لم ينكحن او جهل
مهرهن فارحام كجدات وخالات ويعتبر السن والعقل والبكارة والثيوبة
وفي الاشراف قال ابو بكر قال الشافعي قلت لها مهر نسائها فانما اعني اخواتها وعما
تها وبنات عمها وليس امها من نسائها وفي مثل شبابها وعقلها وادبها وجمالها
لها بكرا كانت او ثيبا وفي الينابيع لا يعتبر بامها وخالتها اذا لم يكونا من قبيلتها
يريد بها من قبيلة ابيها وذلك مثلا ان يتزوج رجل بابنة عمه فتلد له بنتا
فتزوجها رجل ولا يسمي لها مهرا فيدخل بها في حياته يطلقها او يموت
عنها قبل الدخول او بعده او يطلقها بعد الخلوة الصحيحة وامها في حسنها
وجمالها ومالها فانه يحكم لها بمثل مهر امها وهي بنت عم ابيها او عمة اخت
امها وهي خالتها بنت عم ابيها والاصل فيه حديث ابن مسعود لها مثل مهر
نسائها لا وكس ولا شطط وهو صحيح وقد تقدم **قوله** واذا ضمن الولي المهر
صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله وهو الدين فيصح بخلاف
العين فان الكفالة لا تصح بالعين لعجزه على ما ياتي في كتاب الكفالة ولها الخيار

في مطالبة زوجها بذلك او وليها ولها ان تجمع بينهما في المطالبة والتضامن في
الاستيفاء كما في ساير الكفالات ويرجع الولي على الزوج اذا اداه باذنه وكذا يصح
هذا الضمان ان كانت المزوجة صغيرة او كبيرة بكرا مع ان الاب هو المطالب
بالمهر بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن له حيث لا يصح ضمانه
والفرق ان الولي سفير ومعبر في باب النكاح ولهذا وكيل الزوجة لا يجبر على تسليمها
ووكيل الزوج لا يطالب بالمهر وفي البيع مباشر اصيل في حقوقه حتى يرجع
اليه العهدة والحقوق ويجبر على تسليم الثمن ويصح ابرا الوكيل بالبيع للمشتري
من الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويضمنه للموكل ويملك قبضه بعد فلو صح ضمانه
يصير ضامنا لنفسه ولا يجوز ذلك وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لعجزها
وبعد بلوغها اذا كانت بكرا لقيام اذنها دلالة حتى لا يصح قبضه مع نهيها وحقوق
العقد بالمباشر لا يصح اذنها عنها قوله الا ترى انه لا يملك الاب قبضه
بعد بلوغها يعني اذا كانت ثيبا عنده او بكرا ونهته عن قبضه لا يصير ضامنا
لنفسه وفي الحواشي ويصح ابراؤه يعني ابرا المشتري من الثمن قلت مراد صاحب
الكتاب به المامور لا الامر لوجهين احدهما انه استدل بصحة ابرا المامور
الوكيل بالبيع المشتري من الثمن عند تعلق الحقوق بالوكيل واصالته فيها
وابرا الامر لا يدل على ذلك والوجه الثاني ان صحة ابرا الامر للمشتري من
الثمن متفق عليها وهنا حكاها عن ابي حنيفة ومحمد ومذهبهما وخلافه
ابي يوسف مذكوران في اول كتاب الشهادات من الجامع وهي مسئلة دوار في
الكتب وفي الزيادات اذا باع ماله من ابنه الصغير او اشترى ماله لنفسه
فبلغ الصبي تتعلق العهدة والمطالبة بالثمن الصبي دون الاب وفي الوجيز
لو باع عبده الغائب من ابنه الصغير وبلغ الابن والقبض اليه دون الاب
ولو اشترى لابنه الصغير من اجنبي ثم بلغ الصبي فقبض الثمن الى الاب
دون الابن كالوكيل بالبيع وعمل الاب في حال صغره بطريق النيابة لعجزه
بنفسه لا بطريق العقد فيما بينهما وبيعه وشراوه من الاجنبي بطريق العقد
لعدم المنافي تبقى الحقوق متعلقة بالاب المباشر للعقد بعد بلوغه وفي بيعه

الآمر

وشرايه

وشرايه من ولده لا تتعلق العهدة والحقوق بالاب بعد بلوغه لزوال الضرورة
مع ان جواز عقده من ولده استحسانا للحاجة فيحمل قول صاحب الكتاب ويملك
قبضه بعد بلوغه على ما اذا كان عقده مع اجنبي في البيع والشرى وفي
باب نكاح المخاطبة من الجامع باع مال ولده الصغير بشرط الخيار ثلثة
ايام فبلغ في مدة الخيار يتوقف على اجازة الابن وهو من حقوق العقد
لانقطاع ولاية الاب ببلوغه وهي نظرية والنظر في ان لا يلزمه زوال
ملكه بعد بلوغه الا بالتزامه لانه بطريق البداية وقد زال قبل
حصول المقصود وعن ابي يوسف رحمه الله يتم البيع كموت الاب والفرق
انه بمنزلة ابتدا البيع بعد بلوغه لان ملكه لم يزل قبل بلوغه وانما
يزول بعده ولهذا يثبت الخيار له موبدا وفي رواية في مدة الخيار
ولان الاب كان نايبا عنه بخلاف قبض الثمن فان كان نايبا للاب مع لزومه
البيع وزوال ملك الابن وفي شرح الجامع الهاشمي قال جعله بمنزلة بيع مبتدا
بعد بلوغه يعني في شرط الخيار حتى يتوقف على اجازة الابن والاب بمنزلة
الوكيل لو باع بشرط الخيار لنفسه ثم عزل او مات يحول الخيار الى الموكل
كذا هنا وذكر في المحرر ايضا وفي مختصر الجامع لصدر الدين الخلاطي
بعزل الوكيل يتحول الخيار الى الموكل وبموته يلزم وفي رواية يبقى الاب على
خياره ذكره في المحرر والله اعلم قوله وللمراة ان تمنع نفسها حتى
تاخذ المهر ومنعه ان يخرجها اي يسافر بها وليس للزوج ان يمنعها من السفر
والخروج من منزل ابيها ومنزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي
المعجل في ملتقى البحار المراد بالمهر المعجل وفي جوامع الفقه لها ان تمنع
نفسها لاستيفا المعجل من مهرها وفي الولوالجي اذا ادى المعجل ولم يود المؤجل
فله ان يبني بها للعرف وفي الواقعات تزوجها على مهر فارادت منع نفسها
حتى تاخذ المهر كله ليس لها في عرفنا لان البعض معجل والبعض مؤجل في عرفنا
والمعروف كالمشروط وينظر كم يكون المعجل لهذه المراة وكم يكون المؤجل منه
فيقضى بالعرف الا ان تشترط تعجيل الكل في العقد وفي مجموع النوازل يقضي

لها بنصف المهر معجلا او مسكوتا عنه وهو عرف اهل سمرقند انهم يعجلون النصف
والصحيح الاول وفي منية المفتي لتتقيد بتعجيل المؤجل جواب المتاخرين وفي
الاسبيجابي ان كان المهر معجلا او مسكوتا عنه فانه يجب حالا لان النكاح عقد
معاوضة وقد تعين حقه في الزوجة فوجب ان يتعين حقها وذلك بالتسليم
فكان لها ان تمنع نفسها ما بقي لها على الزوج شي منه وفي التحفة والغنية بعد
قبض المهر لا يجوز لها ان تخرج من بيت الزوج الى سفر ولا الى زيارة ابويها
واهلها ولا الى قضا حاجتها الا باذن زوجها وتخرج لحجة الاسلام اذا
وجدت محرما ولا تخرج لحجة النفل الا باذنه والمحرم هذا اذا كان حالا وان بقي
درهم من المهر وفي المبسوط للمولى ان يمنع امته حتى تقبض المهر كالحرة
وفي المحيط وتخرج في حوائجها وزيارة اهلها وتسافر بغير اذنه حتى يوفيها
جميع المهر وكذا في البدايع والذخيرة والمصفى والظاهر ان الاول وهو
التقييد بالمعجل من الصداق اختيار بعض المشايخ او يحمل القول في العموم من
التاكيد في كل المهر على المعجل من المهر وفي البدايع يسلم الزوج المهر
اولا عينا كان او دينا بخلاف البيع في العين وفي المحيط ان كان المهر عينا
يتقابضان كما في بيع المقايضة ولها ان تمنع نفسها وان بقي درهم وتخرج
في حوائجها من مهرها و تخرج وليس للزوج ان يسترد منها ما قبضت
هذا اذا كان المهر معجلا او مسكوتا عنه وحكمه حكم المعجل وكذا الاجل المجهول
فيه كالميسرة وهبوب الريح ومجي المطر وكذا لو قال تزوجتك على الف مؤجل
اذ لم يثبت الاجل للجهالة الفاحشة وقد تقدم هذا ولو كان المهر كله
مؤجلا فليس لها ان تمنع نفسها وعند ابو يوسف رحمة الله عليه وقال لها ان
تمنع نفسها قال في المبسوط وهو قوله الاخير له ان الاستمتاع بمقابلة تسليم
المهر فمتى طلب تاجيل المهر فقد رضي باسقاط حقه في الاستمتاع بخلاف البيع
فان التاجيل والاسقاط في الاعيان ممتنع ولان تسليم نفسها عليها في جميع
العمر والمطالبة بالصداق ثابتة لها في العمر وفي البيع وجوب تسليم المبيع
عقيبه وليس للبايع حق المطالبة بالثمن في ذلك الوقت اذا كان موجلا وللعامة

ان

ان تسليم المهر اذا لم يكن واجبا على الزوج كان منع نفسها عنه بغير حق فصار كتاجيل
الثمن ولو كان بعض المهر حالا وبعضه مؤجلا وبعد الحال فليس لها منع نفسها
بالاجماع اما على قولهما فظاهر واما على قوله فلانه لما عجل البعض لم يرض بتاخير
حقه في الاستمتاع ولو لم يدخل بها حتى حل الباقي فكذلك لانها لم يكن لها
حق حبس نفسها قبله وفي قاضي خان هذا في ظاهر الرواية وكذا الواجبات الحال
وفي الذخيرة عن ابي يوسف لها منع نفسها استحسانا كالمؤجل من الاصل عنده
قال ابو يوسف لو تزوجها بالف الى سنة فاراد الدخول بها قبل السنة
قبل ان يعطيها شيا فالقياس ان يبني بها ولكن هذا فاحش ليس له ذلك حتى
ينقد المهر كله وليس هذا كالبيع ولو اشترط في العقد الدخول بها قبل
النقد دخل بها وفي الولوالجي قال ابو يوسف رحمه الله القياس قول محمد في
المؤجل وفي الاستحسان ليس له مطالبتها بالتسليم لان هذا امر فاحش قال
وبهذا يفتي لانه حسن والكل اذا كان موجلا والدخول غير مشروط لا شرطا
ولا عرفا فلم يكن له ان يبني بها على قول ابي يوسف استحسانا وفي الواقعات
للاب ان يقبض مهر الصغيرة التي لا يستمتع بها وليس له طلب نفقتها لان
المهر بازا الملك والنفقة بازا الاحتباس المنتفع به ولم يوجد ووجد الاول
وفي البقالي قيل ليس للاب مطالبة الزوج بمهر ابنته الصغيرة حتى تصير
بحال ينتفع بها كالنفقة وفي جوامع الفقه لو قبضت مهرها ثم ردته
بالزيادة او اشترت ما اشترته من الزوج بالمهر لا تمنع نفسها بالاختلاف
وفي الذخيرة قال ابو يوسف لو وجده نقدا زيوفا او لا ننفق قبل الدخول
فلها ان تمنع نفسها بعد لها وبعد الدخول لا تمنع وفي المرغيناني زوج
ابنته الصغيرة فبلغت وقد دخل بها الزوج فطلبت مهرها فقال
دفعته الى ابيك قبل ان تبلغي فصدقه الاب لا يصح اقراره لانه لا يملك
القبض في هذه الحالة فلا يملك الاقرار به على القاعدة المعروفة ان من
لا يملك الانشا لا يملك الاقرار فاذا اخذت مهرها منه لا ترجع به على الزوج
على ابيها التصديقه على القبض الصحيح وفي الذخيرة في المنتقى لو كان المهر

حالا فاحالت عليه غريمها بمهرها فلها ان تمنع نفسها منه حتى ياخذ غريمها
بمنزلة وكيلها ولو ان الزوج احالها على غريم له على ان يراه من المهر ففي
القياس له ان ياخذ بها وفي الاستحسان لا يدخل بها حتى تاخذ مهرها
وعن ابي حنيفة روايتان روى الحسن بن زياد عنه ان له ان ياخذ قبل
ذلك وروى الحسن بن ابي مالك عنه انه ليس له ذلك ولو باعها بالمهر متاعا
فلها ان تمنع نفسها حتى تاخذ المتاع ولو دخل برضاها ووطيها فلها
ان تمنع نفسها حتى تاخذ مهرها عند ابي حنيفة رحمه الله وتوقف احمد
بن حنبل رضي الله عنه في ذلك وذهب ابن حامد من الحنابلة الى قول ابي
حنيفة وعندهما ليس لها منع نفسها بعد الوطي برضاها وفي الجواهر
للزوجة منع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها فان كان فيه نقد
موجل فان دفع النقد بني بها وليس لها حبس نفسها بعد الوطي كقولهما
وبه قال مالك والشافعي وفي الاشراف لابن المنذر قال كل من حفظ عنه من
اهل العلم ان لها ان تمنع نفسها حتى تاخذ مهرها وفي المنهاج لها حبس
نفسها لتقبض مهرها المعين والحال لا الموجل فان حل الاجل قبل التسليم
فلا حبس في الاصح وان قال كل واحد منهما لا اسلم حتى تسلم ففي قول جبر هو
وفي قول لا اجبار ومن سلم جبر صاحبه والاظهر جبران فيومر بوضعه
عند عدل وتومر بالتمكين فاذا سلمت اعطاها العدل وفي المغني جبر
الزوج على الصداق اولا لان في الزام تسليم نفسها خطر اتلاف البضع
والامتناع عن دفع الصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف تسليم
المهر اولا فانه يمكن استرداده ولان العادة تاخير تسليم المراة عن قبض
الصداق والمعروف كالمشروط ولا يمتنع في الموجل وان حل قبل تسليم
نفسها فلو مكنت ولم يطاها منعت حتى تسلم وعندنا الخلوة دخول فلها
ان تمنع نفسها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كما في الوطي ولو سافر فامتنعت
بغير عذر واسراد ن فلنا تجبر ذكره في المنهاج وفي المحيط لا اشترط احضار
الزوجة لقبض الاب صداقها وعند ابي يوسف وزفر يشترط وفي الذخيرة

هذا

هذا قول علمائنا الثلاثة وعند زفر وهو قول ابي يوسف الاخر يشترط احضارها
وفي المرغيناني لا يشترط الاحضار في حق الاب اذا اراد قبض مهرها ولم يحك
خلافا فيما اذا كان الدخول برضاها حتى اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة
لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا استحقاق النفقة وجواز المسافرة
بها بغير اذنه قال في جوامع الفقه الا اذا اخرجت خروجا فاحشا وفي
المحيط والذخيرة كان ابو القاسم الصفار يفتي بقول ابي حنيفة في منع سفره
بها وبقولهما في عدم منع نفسها واستحسن ذلك بعض مشايخنا لهما ولمن
قال بقولهما ان المعقود عليه صار مسلما اليه بالوطاة الواحدة
وبالخلوة الصحيحة ولهذا تاكد باحدهما كمال المهر فلم يبق لها حق الحبس
كالبايع اذا اسلم المبيع قبل قبض الثمن وفي الذخيرة قالت خلا بي ولا امكنه من
نفسي حتى اقبض مهري فالقول قولها ولا تقام الخلوة فيها مقام الوطي
وفي ملتقى البحار جعل الخلوة كالوطي على الخلاف وله انها منعت ما قابل
البدل لان كل وطية تصرف في البضع المحترم ذي الخطر فلا تخلى عن العوض
اظهارا لخطره والتاكد بالوطية الواحدة لجهالة ما وراها اذ المجهول
لا يزاحم المعلوم ثم اذا وجدت اخرى صار معلومة فيتحقق المزاحمة حينئذ
فيصير مقابلا بها بعدها ايضا كالعبد اذا جنى جناية يدفع بها كله
فاذا جنى اخرى واخرى يدفع بالكل وكذا الحد اذا اقتل عمدا يقتل به
فاذا اقتل اخر يقتل بهما والله اعلم قلت على تعليل ابي حنيفة اشكال وهو انه
اذا قال وجدت اخرى تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل ومفهوم
هذا الكلام ان قبل وجودها لا مقابلة فينبغي ان لا يكون لها منع نفسها
قبلها بعد ما سلمت نفسها وتحققت المقابلة بالوطية التي وجدت وهذا
لانها قد رضيت بترك منع نفسها بالنظر الى الوطية التي حصلت برضاها
لانها قد رضيت وسقط منعها نفسها في حق بعض المهر الذي بازايها فكيف
تمنع نفسها حينئذ حتى تستوفي جميع مهرها بعد سقوط حقها في بعضه
ويجاب عن ذلك انه لو وطيها مرارا وهي مكرهة او صبية او مجنونة ثم زال

ذلك فلها ان تمنع نفسها حتى تاخذ جميع المهر وان كان بعضه بان اما تقدم
من الوطات واذا اوفاها مهرها نقلها حيث شا لقوله تعالى اسكنوهن من
حيث سكنتم وهو قول الايمة الثلاثة واصحابهم قلت هذا احداث قول ثالث
وهو خرق للاجماع غير جايز في الاصول على المختار لكن يتبع الدليل لا القايل
كالحكم بشهادة رجل وامراتين بالنكاح على الغايب ذكر ذلك في كتاب السير
من الجامع وقيل لا يخرجها الى غير بلدها الا برضاها هنا لان الغربة يودي
اذا لم يكن فيها عشيرتها واهلها واختار ابو الليث وفي المحيط المختار
لمشايخنا ان لا يخرجها من بلدها وجواز النقل ظاهر الرواية ذكره المرغيناني
وقال صاحب ملتقى البحار وافتي انا بانه يتمكن من نقلها اذا اوفاها
المعجل والموجل وكان مامونا ولا يتمكن منه اذا اوفاها المعجل دون الموجل
لانها لا ترضى بالتاجيل اذا اخرجها الى البلاد الغربية بعلمها بان الغربة
يودي انتهى كلامه وهو احداث قول ثالث وفي قرى المصر القريبة
لا يتحقق الغربة والله تعالى اعلم **فـــــرع** كان عمر بن الخطاب رضي الله
عنه لا يجيز النكاح في شبه الجاهلية واجازه عامة الناس وفي الجواهر كان
مالك واصحابه يكرهون ان يكون شيا من المهر موجلا وذكر ابن المواز
عن ابن القاسم التاخير الى السنتين والاربع وعن ابن وهب الى السنة
وعنه لا يفسخ النكاح الا ان يكون الاجل الى اكثر من عشرين سنة وعن
ابن القاسم لا يفسخ الى الاربعين فما فوقها وعنه انما يفسخ الى الخمسين
والى الستين وقال عبد الملك وقد اخبرني اصبغ انه شهد ابن وهب
راى فيه العشرين اذ وشهد ومادون ذلك فمفسوخ فقال له ابن القاسم
وانا معك على هذا فاقام ابن وهب على رايه ورجع ابن القاسم فقال لا
افسخه انا الى الاربعين وافسخه فيما فوق ذلك فقال اصبغ فيه اخذ
وهذه الاقوال لا دليل عليها من كتاب ولا سنة ولا قول صحابي ولا قياس
وفي خزانة الاكمل وجوامع الفقه والمرغيناني تزوجها على حجة او على
ان يحجها فلها قيمة حجة وسط وهي الحج على الراحلة لان اعلاها العماري

وادناها الحج ماشيا ذكرها في الزيادات وقال النخعي والاوزاعي والثوري
وابو عبيدة يجوز اصداق الحج وقال مالك في الجواهر يجب فيه مهر المثل
الا ان يكون معه مال وقال الشافعي وابن حنبل التسمية فاسدة لان الحملان
مجهول لا يتوقف على حقيقته قلنا هذا باطل فان الاجماع على جواز
الاستيجار على حمل الحجاج وازوادهم الى مكة من جميع بلاد الاسلام واتخاذ
الدواب للركوب والحمل الى كل مسافة معلومة الا ان الحج ليس بمال والحاصل
لها ثواب الحج فلا يصلح عوضا وكذا فيجب قيمته وان لم يكن مالا
كالاعتياض عن القصاص والطلاق والله اعلم **فصـــل**
في نكاح السمعة والريا في المحيط والمفيد والذخيرة عقد النكاح في السر
على مايه ثم اظهراه في العلانية على مايتين لم يلزم العلانيه لان نكاح
السر قد تم ولزم فلا يتغير باظهار غيره لان النكاح الصحيح اللازم
لا يتغير وفي المفيد اتفقا في السر على النكاح ريا وسمعة ثم عقدا
نكاحا صحيحا لا يتغير وفي المفيد اتفقا في السر على النكاح ريا وسمعة
ثم عقدا نكاحا صحيحا جاز النكاح لان الهزل لا يبطله بخلاف البيع
ولو جعلا السمعة في المهر فاتفقا في السر على مايه درهم واظهر
النكاح بمايتين فالمهر مايتان مهر العلانية لانهما لم يتقولا في السر
نظهر النكاح بمايتين مايه منهما سمعة فيكون هذه المايه زيادة
في المهر حتى لو قالا لا مايه منهما سمعة فالمهر مايه لان الهزل يدخل
في المهر دون النكاح وان اظهر النكاح بمايه دينار يجب فيه مهر
المثل الا عراضهما عن المذكور في السر والمذكور في العلانية لم يصح
لدخول الهزل فيه خلا عن التسمية وفي المحيط لو اتفقا في السر على
مايه دينار وتزوجها في العلانيه يصير مسمي فهو على ثلاثة اوجه
وهو ما اذا تزوجها في العلانية على ان لا مهر لها فينعقد بالمسمى
في السر لان مهر المثل ليس بمذكور في العلانية فكان المذكور في السر
مذكورا في العلانية وفي وجهين غير الاول وهما ان تزوجها في العلانية

على ان لا يكون الدنانير مهرا او سكت عن ذكر المهر تجب مهر المثل فيهما لانه
لما بقي الدنانير لم يكن المذكور في السر مهرا فيجب مهر المثل وكذا لما سكت ولم
سمي المهر كان مهر المثل مذكورا بمقتضى النكاح لان البدل الاصلي فيه
بخلاف الوجه الاول فان المهر فيه سمي فلم يكن مذكور الغة فبقي المذكور
وهو المهر المسمى في السر وفي الذخيرة ان تواضعا على مهر في السر وعقدا في
العلانية على اكثر منه من جنسه واشهدا على ان المسمى في السر والزيادة
سمعة او تصادقا على ذلك فان المهر مهر السر فان ادعى الزوج المواضعة
في السر على الف وانكرت المراة ذلك فالمهر هو المسمى في العقد والقول قول
المراة الا ان تقوم البينة له وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله
ان الزوج لو شهد على نفسه في السر ان المهر الذي يريد ان يتزوج عليه
الف ثم اشهد من الغد بالفين قال ابو حنيفة رحمه الله المهر الفان وقال
ابو يوسف رحمه الله اذا قال الشهود اشهدنا في السر على الف وان الالفين
سمعة فالمهر الف وهو خلاف ما حكي عن ابي حنيفة في الاصل وان كان مهر
العلانية من خلاف جنس مهر السر ولم يتفقا على المواضعة ينعقد
النكاح بمهر المثل وفي كتاب الاكراه اتفق الزوج والمراة في السر على ان المهر
دنانير وتزوجها في العلانية على ان لا مهر لها كان مهرها الدنانير المتفق
عليها في السر وهو احدى الوجوه الثلاثة وقد ذكرناها وان تعاقدا
في السر على مهر ثم اقر في العلانية باكثر منه فان اتفقا على ان الزيادة
في العلانية سمعة فالمهر مهر السر وان لم يشهدا بان الزيادة في العلانية
سمعة فقد ذكر شمس الائمة السرخسي على قول ابي حنيفة المهر مهر
العلانية ويكون زيادة في المهر وعلى قولهما مهر العلانية ويكون
زيادة على الاول وان لم يكن من جنسه غير ان ذلك اذا كان من خلاف جنسه
يكون الكل زيادة على الاول وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة وابي
يوسف في هذه الصورة ان المهر هو الاول وانما يأكد الزيادة بالدخول
والخلوة او موت احدهما وذكر شيخ الاسلام انهما اذا تعاقدا في السر بالف

واظهرا

واظهرا في العلانية خلافه ثم قال الزوج ما اقررت به في العلانية هزل
وقال الجد فالقول قول المراة والمهر مهر العلانية الا ان يقيم الزوج
البينة على دعواه وفي المحيط ان عقدا في السر على مهر ثم عقدا في العلانية
على مهر اكثر من الاول فان اتفقا على هزل الثاني فالمهر مهر السر وان لم
يتفقا على ذلك ولم تقم به البينة فالمهر مهر العلانية قال ذكره الحاكم الجليل
في مختصره وفيه مسايل السمعة اقسام القسم الاول توافقا في السر على
اظهار النكاح رياء وسمعة واظهراه بشرايطه صح لانه لا يؤثر فيه الهزل
والقسم الثاني تواضعا عليه في السر ولم يظهراه بشروطه لم يكن بينهما نكاح
لان الاقرار اخبار فلا يصح مع الهزل بخلاف انشاء النكاح به ومثله الاكراه
فيهما والقسم الثالث ان يتواضعا في السر على مهر تعاقدا في العلانية على
زيادة على مهر السر من جنسه فعن ابي حنيفة روايتان في رواية المهر
مهر العلانية بالزيادة والمهر تابع للنكاح فلا يؤثر فيه الهزل وفي
رواية عنه المهر هو الاقل وهو مهر السر وهو قولهما وهو الاصح لاتفاقهما
على الهزل بالمائة وان كان مهر العلانية من جنس آخر وهو مائة دينار
ففيه روايتان في رواية لها مهر العلانية مائة دينار وفي رواية مهر
المثل وهو الاصح لان مهر السر لم يذكر في العلانية وما ذكر في العلانية
يثبت للهزل وفي الطلاق والعتاق والصلح عن دم العمد ان اشهدا ان ما
في العلانية هزل فالبدل ما في السر وان لم يشهدا فالبدل ما في
العلانية وقيل ما في السر وهو الاصح لان الزيادة لم تصح هنا لانها
وجدت بعد هلاك المعقود عليه اذ ملك الزوج والمولى قد سقط
بالطلاق والاعتاق وفي المغني تزوج سرا على مهر ثم تزوجها علانية
بمهر آخر اخذ بالمقدم وهو قول الاوزاعي وشريح والحسن والزهري
والحكم وسعيد بن عبد العزيز ومالك واسحق والشافعي وعن الشعبي وابي
قلابة وابن ابي ليلى والثوري وظاهر قول ابن حنبل يؤخذ بالعلانية قوله
ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المراة الى مهر مثلها والقول

قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله
في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف القول قوله قبل الطلاق
وبعده الا ان ياتي بشيء قليل وفي البدايع والوبري وغيرهما الا ان ياتي بشيء
مستنكر جدا او في المستنكر قولان احدهما ما لا يتعارف مهرا لها لانه
مستنكر عرفا قال صاحب الكتاب وصاحب البدايع هو الصحيح وفي المحيط
وقاضيخان هذا اصح وهذا القول يحكى عن ابي الحسن ذكره في البدايع والقول
الثاني ان يكون اقل من عشرة دراهم وهذا التفسير مروي عن ابي يوسف لانه
مستنكر شرعا قال الوبري وهذا اشبه بالصواب لانه ذكر في كتاب الرجوع
عن الشهادات قال الزوج تزوجتك على مائة درهم وقالت تزوجتني بالف
فمهر مثلها وشهدوا للزوج وحكم به ثم رجع الشهود ضمنوا تسع
مائة درهم للمراة مهر مثلها عندهما وعن ابي يوسف لا ضمان على الشهود لانه
لولا شهادتهم كان القول قول الزوج مع يمينه ولم يجعل المائة مستنكرا
مع ان مهر مثلها الف وجعل القول قول الزوج ولم يوجب الضمان على
الشهود وفي قاضيخان تفسير المستنكر عن ابي يوسف روايتان احداهما
ما دون العشرة والثانية ما لا يتزوج على مثله يدل على الثانية ما قال
في المنتقى يعني اذا اختلفا بعد هلاك السلعة او بعد ما زاد زيادة متصلة
ان القول قول المشتري حيث يتعذر الفسخ الا ان ياتي بشيء مستنكر فعلمنا انه
اراد به هذا لا ما دون العشرة وفي الوبري قال ابو حنيفة رحمه الله القول
قول المراة الى تمام مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل فان
كان مهر مثلها الفين او اكثر فالقول قولها مع يمينها بالله ما رضيت بالف
فان حلفت اخذت الفين لاقرارها به وهو الذي اعترف الزوج به وان كان مهر
مثلها الفا او اقل اخذت ما قاله الزوج مع يمينه بالله ما تزوجتها بالفين
هذا ان حلف وان نكل اعطاها الفين لاقرارها به قال ابن المنذر في هذه المسئلة
اقوال ثمانية لاهل العلم القول الاول قول ابي حنيفة ومحمد كما ذكرته وهو قول
الحسن والنخعي ذكره في المغني وبه قال احمد والقول الثاني قول ابي يوسف كما تقدم

والقول

والقول الثالث قول الزوج مع يمينه مطلقا وبه قال الشعبي وابن ابي
ليلى وابن شبرمة وابو ثور ورواية عن احمد والقول الرابع لها
مهر المثل وهو قول الثوري والشافعي قال في المنهاج تحالفا ان
ثم يفسخ المهر ووجب مهر المثل وفي البسيط لو كان ما تدعيه الزوجة
اقل من مهر المثل رجع الى مهر المثل عند الفسخ بالتحالف وقال ابن
حران من الشافعية ليس لها الا ما ادعته قال وهو بعيد بل هو
الحق لانها تنكر الزيادة وقد اعترف باسقاطها فكيف يقضى لها
بما تنفيه وبما لا يكون حقا عندها والقول الخامس القول قول
المراة للزوج الخيار ان شاء اعطاها ما تدعيه والا تحالفا ويفسخ
النكاح قبل الدخول ولا شيء لها وبعده لا ينفسخ والقول قول الزوج
لانه بمنزلة الفوات عنده كفوات المبيع والقول السادس ان كان
مهرها عشرة الاف فالقول قولها في الالفين اذا باحت فرجها به
قال وهو قول احمد والقول السابع لها مهر وهو قول بعض السلف
لان لابي يوسف ان الزوجة تدعي زيادة الزوج والقول قول
المنكر مع يمينه كساير الدعاوى ولان الاصل براة الذمة الا اذا
كذبه الظاهر وهو كالخارج مع صاحب اليد لان اليد دليل
ظاهر لصاحبها ولان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن
ايجاب شيء يصح التسمية به لا يصار الى مهر المثل وهو قيمة
المنافع للبضع فصار كالخلع والعتق والصلح عن دم العمد
على مال وكالاجارة فانه لا يحكم فيها اجرة المثل ذكره في البدايع
ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر
ههنا يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل اذ هو الموجب الاصلي في
باب النكاح وهذا لان البضع في حال الدخول يتقوم ومنافعه
تلحقه بالاعتبار فصار كالصباغ وصاحب الثوب اذا اختلفا في
الاجرة يحكم الصبغ كذا هنا واذا لم يشهد الصبغ لواحد منهما
تحالفا ويبدا بيمين صاحب الثوب فان حلفا يغرم صاحب الثوب
ما زاد الصبغ في ثوبه وفي البدايع ولان الزوج لا يرضى بالزيادة
على مهر المثل والمراة واولياؤها لا يرضون بالنقص عنه فكانت
التسمية تقدير المهر والحال شاهد لمن يشهد له فهو المثل وكذا

لو اختلفا بعد الفراق بعد الدخول والخلوة الصحيحة او بعد موت احدهما
بخلاف الخلع والعتق والصلح عن دم العمد فانه يجوز خلوها عن العوض
ولان البضع غير متقوم عند الخروج ويرد على محمد التزوج على احد
العبدين فانه اوجب فيه الاوكس الذي هو الاقل ولم يحكم مهر المثل فيه
وهنا حكم فيه مهر المثل وابو حنيفة مر على اصله في ان الموجب الاصلي
مهر المثل وكذا مر ابو يوسف على اصله في ان المسمى اصل ولا يصار الى
مهر المثل الا عند عدمه عندهما ثم ذكر هنا ان بعد الطلاق قبل
الدخول القول قول الزوج في نصف المهر وهو رواية الجامع الكبير
انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قول ابي حنيفة ومحمد لان المتعة بعد
الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبله فيحكم المتعة بعد الطلاق
قبل الدخول كمهر المثل وجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل
في الالف والالفين فلا فايدة في تحكيم المتعة لانها تبلغ خمسماية عادة
ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والماية ومتعة مثلها ثلاثون
او عشرون فتفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الكبير سالت عن ذكر
المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل او على المتعارف بين الناس
وهو اكثر من عشرين وماية عادة وقد ذكر المسئلة قبل هذا بخلاف ذلك في
المحيط لان نصف المهر لا يكون في الطلاق قبل الدخول فلا يمكن التحكيم
به والمتعة لا يصلح حكما لتقديرها ولو قال تزوجتها على هذه الجارية
وقالت على هذا العبد تجب المتعة الا ان تراضيا ان ياخذ نصف الجارية
والعبد والجارية كالالف والالفين الا في فصل واحد وهو ان مهر
المثل اذا كان مثل قيمة الجارية او اكثر فلها قيمته لا عينه لان تمليك
العين لا يكون الا بالتراضي ولم يتفقا عليه فوجب القضا بالقيمة وفي
المغني والمزيد الا في فصلين احدهما ذكرنا والاخر يجب متعة المثل
في الطلاق قبل الدخول لا نصف القيمة وفي الالف والالفين يجب نصف
الالف وفي قاضيخان في تحكيم المتعة وجه رواية الجامع ان المتعة
عند عدم المسمى بعد الطلاق كمهر المثل ووجه هذه الرواية ورواية
الاصل ان البضع عاد اليها سالما ومقتضاه ان لا يجب شي ووجوب
نصف المسمى انما عرف نصا بخلاف القياس فيعمل بالقياس عند عدم النص
السالم عن معارضته وقيل اختلف الوضع كما تقدم ثم قال الكرخي

في

في الفصول الثلثة اذا كان مهر مثلها الفين او اكثر شاهد القول لها وفيما
اذا كان الفا او اقل موافقتا وفيما اذا كان الفا وخمسماية قال في المبسوط
وهو الاصح وقال في المحيط هو الصحيح لان ظهور مهر المثل عند عدم
التسمية وذلك انما يكون بعد التحالف فان ما يدعيه كل واحد من المسمى
ينتفي بيمين صاحبه فيبقى نكاحا بلا تسمية فيكون موجبه مهر المثل
فعرفنا انه لا بد من التحالف في الابتدا و اصل النكاح وان كان لا يحتمل
الفسخ بالتحالف فالتسمية تحتمل الانتفا فيقدم التحالف لينتفي التسمية
ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك هذا تعليل صاحب المبسوط وفي المحيط لان
مهر المثل لا معتبر به مع وجود التسمية فلا يسقط اعتبارها الا
بالتحالف لان الظاهر لا يكون حجة على الغير وفي البدايع ان مهر المثل
لا يثبت الا بعد سقوط التسمية وذلك بالتحالف وقال ابو بكر الرازي
لا يتحالفان الا في فصل واحد وهو ما اذا لم يشهد مهر المثل لاحدهما
بان كان الفا وخمسماية واختاره الخصاف وقال في البدايع وقاضيخان
هو الصحيح لان الحاجة الى التحالف فيما لم يشهد له الظاهر وفي قاضيخان
تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل هنا بل لمعرفة من شهد له
الظاهر والاصل في الدعاوى ان يكون القول لمن يشهد له الظاهر
مع يمينه فلا حاجة الى التحالف وفي المفيد انكر الرازي قول الكرخي
وقال قوله مع يمينه به ونحلف الاخر وهو المذكور في الجامع الصغير
ولان التحالف انما يصار اليه اذا لم يكن احدهما اقوى بالقبول ولهذا كان
القبول في البيع لمن يدعي الثمن دون مدعي خيار الشرط بشهادة
الاصل واذا انكر الزوج عن اليمين لزمه الفان تسمية لانه اقر بما ادعته
الزوجة اعني بذلك انه يحتم عليه دفع الدراهم ولا يتخير بينها
وبين دفع الدنانير كما هو الحكم في مهر المثل وان حلف فلها الالف تسمية
كما يدعي وان اقام بينة قبلت بينته وان اقامت الزوجة قبلت على الالفين
تسمية وان حلف فلها الفان الف تسمية والف بحكم مهر المثل ويخير
الزوج في الالف الذي ياخذه بحكم مهر المثل بين دفع الدراهم او الدنانير
ولا يتخير في الالف الاول لانه وجب باتفاقهما على التسمية والاخر بحكم مهر
المثل فان اقامت البينة قضي لها بالفين تسمية وان اقام قضي بالالف
تسمية وان اقاما قضي ببينة الزوج وهو الاصح ذكره في المفيد وفي

قاضيخان وهو الصحيح اذا كان مهر مثلها الفين وفي الكتاب لم يحك خلافا اصل الوجوب
بحكم مهر المثل وفي البدايع اختلف المشايخ فيه قيل بينتها اولى لانها تثبت
زيادة التي لم تكن ظاهرة بتصادقهما وان كانت ظاهرة بشهادة مهر المثل
لكن هذا الظاهر لا يكون حجة على الغير الا ترى انه لا يقضى به بدون اليمين
او البينة وتصادقهما حجة بنفسه فكانت بينتها هي المظهرة او اكثر اثباتا
فكان القضا بها اولى وقيل بينته اولى لانها تثبت حط الالف الذي شهد
به مهر المثل وبينتها انما تفيد التعيين قلت وسقوط اليمين فكانت
كبينة الخارج وصاحب اليد وفي الذخيرة قال المهر الف ولم يذكر مهر
المثل وذكر في المنتقى بعده بورقة ما نسبه خلافه قال هشام سالت
محمد عن امراة ادعت انه تزوجها بالكوفة منذ سنة على الفين وقامت
بينة واقام الزوج انه تزوجها بالبصرة منذ سنتين قال البينة
بينة المراة قلت وان كان معها ولد لاكثر من سنتين قال وان كان معها
ولد وفي البدايع ويبدا بيمين الزوج لوجهين احدهما انه اشد انكارا
لانه ينكر قبل تسليم نفسها وبعده والمراة لا انكار منها بعد التسليم
والوجه الاخر انه اسبق انكارا من المراة لانها تقبض المهر اولا وهو
منكر ثم تسلم نفسها فلم تنكر ابتداء ثم تسلم نفسها بعد قبض الالف
الاخر والزوج منكر عند مطالبتها قبل مطالبته بتسليم نفسها قال
ولا يفسخ النكاح بعد التحالف خلافا لابن ابي ليلى وعند مالك يبدا بيمين
المراة كالبايع على المشهور والجواب عن قول الكرخي انه يبقى نكاحا بلا
تسمية بالتحالف فيكون موجب مهر المثل لا يستقيم لانه لو كان كذلك
يجبر الزوج بين دفع الدراهم والدنانير كما هو الحكم في مهر المثل وقد
ذكر انه يجب عليه دراهم من غير تخيير ويجبر عليها وحكى عن القاضي من
الحنابلة ان اليمين لا تشرع في الاحوال كلها لانها دعوى النكاح ذكره
في المغني وفي البسيط تحالفا كما تقدم ومن الشافعية من قال القول
قوله مع يمينه لان الاصل عدم التحالف واستبعده وان كان مهر مثلها
الفا وخمسماية لم يقبل قول واحد منهما وتحالف الزوج لنفي الزيادة
والمراة لنفي الحط وللقاضي ان يبدا بالحلف بايهما شا وان استحسن القرعة
فان وقعت على الزوج فنكل قضى عليه بالالفين تسمية لانه اقر بما ادعته
وان حلف نقلب اليمين اليها فان نكلت قضى لها بالالف تسمية وان حلفت

وقضى بالالف وخمسماية فهو مثلها لكن الالف تسمية بلا خيار لاتفاقهما عليه
وخمسماية بحكم مهر المثل ويتخير الزوج فيها وايهما اقام البينة قبلت لانه
نور دعواه بها وان اقاما فالصحيح انهما تهاترتا لعدم الاولوية وجب
ذلك بحكم مهر المثل يتخير الزوج فيه على ما ذكرنا بخلاف التحالف لان بينة
كل واحد منهما تنفي التسمية التي يدعيها صاحبه فخلا العقد عن التسمية
فوجب مهر المثل وليس كذلك التحالف اذ وجوب الالف مع الحلف بحكم الاتفاق
وفي البينة بخلافه هكذا في المفيد والمزيد وفي البدايع لا يتخير في الالف
كالتحالف وهو ان اختلفا في اصل المسمى في حال الحياة يجب مهر المثل بالاتفاق
اما عندهما فظاهر لانه الاصل واما عند ابي يوسف فلان القضا به يتعذر
لوقوع الشك في وجوب الاقل بخلاف الاول لانه يمكن القضا فيه بالمتيقن
وهو الاقل الذي لا يكون مستنكرا ولا اقل ههنا ولو كان الاختلاف بعد موت
احدهما فهو كالاختلاف في حياتهما وفي قاضيخان اختلفا قضي بالف وخمس
ماية وكذا ان اقاما التعارض قال هكذا ذكره بعض المتاخرين في شرح جامع
ونص محمد في الاصل على ان البينة بينة المراة ويقضى عليه بالفين وفي
الوبري ان كان مهر مثلها بين الالف والالفين فالقول قولها الى تمام مهر
مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ويحلف كل واحد منهما على دعوى
صاحبه وكذا لو اختلفا بعد الفرقة بعد الدخول او الخلوة الصحيحة او بعد
موت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة
الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى المستنكر وفي الوبري اذا اختلف ورثتها
في المقدار يقضى بقول ورثة الزوج عند ابي حنيفة قل او كثر لانهم لم يقروا
بشي لا يقضى لهم عنده بشي فاذا اقروا بشي قضي به ومثله في جوامع الفقه
على ما ياتي عن قريب وهما من اعلى ما تقدم لهما وان كان في اصل المسمى فعند
ابي حنيفة القول قول الكبير منهما فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده
بعد موتهما واذا مات الزوجان معا وقد سمى لها مهرا فلورثتها من تركة
الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شي لورثتها عند ابي حنيفة وعندهما
لهم المسمى في الاول ومهر المثل في الثاني قال ابو حنيفة استحسن ترك
القضا بشي في تركة الزوج حتى تقوم البينة على التسمية او على اقرار
الزوج بها او على اقرار ورثته بها بعد موته وعندهما يقضى بمهر
المثل اذا ظهر النكاح الا اذا قامت البينة على ايفا المهر او على اقرارها به

او على اقراره ورثتها به وفي المحيط لا يقضي بمهر المثل دخل بها او لم يدخل الا
اذا اقامت البينة على المهر هذا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف يقضي بما
تدعيه ورثة الزوج لقيامهم مقام مورثهم وعند محمد يقضي بمهر
المثل كما في الحياة عنده وعند زفر يعتبر قبل هذا اذا تقادم موتهما
اما اذا لم يتقادم يجب مهر المثل قال مشايخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها
فان سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحياة او بعد الموت فانه لا يحكم بمهر
المثل بل يقال لها لا بد ان تقري بما تعجلت والا قضينا عليك بالمتعارف
في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرناه وفي البدايع ابو حنيفة يقول الظاهر
هو الاستيفا اذ الابرا هو العادة بين الناس فلا يثبت الا بالبينة او اقرار
ورثته قلت يبطل هذا التعليل بالمسمى وباقرار الورثة انه لم يوفها شيا
ولم يسم ولان القضا بعد موتهما وتقادم الزمان متعذر لانه لا يعلم حالها
ومهر المثل يقدر بحالها وبحال نسا عشيرتها وموتها يدل على موت نسا
عشيرتها وموت نسا زمانها ظاهرا فلا يمكن التقدير قال صاحب
البدايع وقوله في المسئلة مشكل وفي قاضيخان ولان الصحابة اختلفوا
في سقوطه بموت احدهما فكان اجماعا منهم على سقوطه بموتهما
ولانه لو سمع الدعوى في ذلك لسمع من وارث وارث من مات في العصر
الاول اذا كان نكاحهما ظاهرا مشهورا في زماننا وبهذا احتج ابو حنيفة
فقال ارايت لو ادعت ورثة ام كلثوم بنت علي مهر المثل على ورثة عمر
كنت اسمع البينة في ذلك وفي الوبري قال ابو حنيفة ولان التقادم
يودي الى استيفا مهر المثل مرارا لان النكاح يثبت بالاستفاضة والشهرة
فيقضي بمهر المثل ثم ياتي قوم آخرون فيدعون كذلك فيقضي لهم بمهر المثل
ثم وثم فيتسلسل الى آخر الدهر وفي المبسوط المستحق بالنكاح ثلثة اشيا
المهر المسمى وهو اقواها والنفقة وهي اضعفها ومهر المثل وهو المتوسط
فالمسمى لقوته لا يسقط بموت احدهما ولا بموتهما وبموت احدهما ومهر المثل
يتردد بين الاقوى والاضعف ولهذا لم يوجبه بعض الصحابة بعد موت
احد الزوجين ولم يسقط المسمى احد من الصحابة ولا من غيرهم فيسقط بموتهما
ولا يسقط بموت احدهما وقيل اذا لم يتقادم العهد بموتهما يقضي بمهر
المثل عنده ايضا واسا على وقوله بمهر من بقدر القاضي مهر المثل
هذا يشير الى تقادم العهد ومرور الزمان الطويل حتى لو لم يتقادم العهد

يقضي

يقضي بمهر مثلها عنده ايضا والتعليل الذي قبل يدل على سقوط مهر المثل بموتهما
تقادم لضعفه وفي المنهاج اختلفا في قدر المهر او في صفته تحالفا ويفسخ
المهر ويجب مهر المثل وكذا لو انكر التسمية على الاصح وكذا لو اختلفت ورثتهما
او وارث احدهما مع الاخر وفي المغني لو قال لم يكن لها صداق فالقول قولها
قبل الدخول وبعده بما ادعت مهر المثل وبه قال ابن حبيب وابن شبرمة وابن
ابي ليلى وابن حنبل وابن راهويه وهو قول الشعبي والثوري والشافعي
وحكي عن فقها المدينة السبعة ان بعد الزفاف القول قوله وان الدخول
يقطع الصداق وبه قال مالك قال اصحابه كانت العادة بالمدينة تعجيل
الصداق وفي الجواهر لو اختلفا بعد زوال العصمة بطلاق او فسخ او موت
فالقول قول الزوج مع يمينه ولو ادعت التسمية وانكر فالقول قوله
الا ان تكون العادة خلاف قوله انتهى كلامه وفي الجامع تزوجها على
عبد فمات في يده واختلفا في قيمته او على ثوب واختلفا في رقاعته او في
قيمة الذرعان او على ابريق فضة واختلفا في وزنه فالقول قول الزوج
مع يمينه لانه اختلاف في الوصف والتفريق يعتبر بالثوب والابريق فهذا
هو الوصف لان الوصف هو الذي يحل بالمحل ويتغير به حاله ولهذا يتحالفان
فيه في البيع وفي كيل الصبرة ووزن الفضة والمائة السود والمائة البيض
او قال تزوجتني على عبدك الابيض هذا فقال بل على عبدي الاسود هذا
فالقول قولها الى مهر المثل لانه اصل وكذا وصف الدين دليله التحالف
به في المسلم فيه وفي العبدين يتحالفان وبعد هلاكهما الحكم مهر المثل فيكون
القول قولها مع يمينها الى مهر المثل ولو تزوجها على صبرة بعينها
فضاعت واختلفا في الجودة والكيل ففي الكيل القول قولها مع يمينها
الى مهر المثل وفي الجودة القول قوله مع يمينه وفي المحيط لو كان المهر
دينا فاختلفا في جنسه او صفته او نوعه فهو كالاختلاف في اصله ولو
اختلفا في الوصف والقدر فالقول قول الزوج في الوصف وفي القدر
قولها الى تمام مهر المثل قوله ومن بعث الى امراته شيا فقالت هو
هدية او هبة وقال الزوج هو من مهرك فالقول قوله قال الا في الطعام
الذي يوكل كاللحم المشوي والدجاجة المشوية والحلوا والخبيصة والخبز
واللحم وسائر الاطعمة والفواكه الرطبة والا يعالا فالقول قولها ذكره
المرغيناني وفي قاضيخان وفي المنهاج القياس كما تقدم وفي الاستحسان القول

قولها فيه وفي الشاة الحية والحنطة والدقيق واللوز والسمن والعسل
وما له بقاء فالقول قول الزوج انه من المهر وقال ابو القاسم الصفار
ان كان متاعا لا يجب على الزوج فالقول قول الزوج وان كان يجب عليه
كالخمار والدرع ومتاع الليل فليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر
يكذبه والخف والملاءة لا يجب عليه لانه ليس عليه ان يهيء لها امر الخروج
وفي المرغيناني عليه خف لها وجلبابها وقال ابو الليث الذي قاله ابو القاسم
حسن وبه نقول وفي قنية المنية دفع اليها مالا فقال كان من مهري
وقالت الزوجة كان وديعة عندك ان كان المدفوع من جنس مهرها
فالقول قولها وان كان من خلاف جنسه فالقول قول الزوج وفي
الاشراف بعث اليها بثوب فقال هو من الكسوة وقالت الزوجة بل هو
هبة فالقول قول الزوج مع يمينه وبه قال ابو حنيفة والشافعي
وابو ثور وقال ابو بكر وبه اقول وفي المغني دفع اليها الفا فقال هو
من صداقك وقالت بل دفعته هبة فان كان اختلافهما في نيته بان قالت
قصدت به الهبة وقال نويت به الصداق فالقول قول الزوج بغير
يمين لانه اعلم بما نوى ولا تطلع هي على نيته وان اختلفا في لفظه فقال قلت
خذيه من مهرك وقالت قلت هو هبة مني لك او هدية فالقول قول
الزوج لكن مع يمينه فان كان من خلاف جنس صداقها فله ان يرده
وطلب صداقها وروي عن مالك انه قال ان كان ذلك مما جرت العادة
بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها والا فله ولنا في المسألة ان
التمليك يستفاد من الزوج ولا يعرف الا من جهته فكان القول قوله
كما لو ادعت هذه العين فقالت بل وهبتها لي ولان الظاهر شاهد له
لان اداء المهر واجب عليه والهدية والهبة تبرع والظاهر من حال
المسلم السعي في براءة ذمته وتقديمها للواجب على التبرع ويدل عليه
ان المشتري شراء فاسدا لو قبض المبيع ثم وهبه من البائع يجعل عن الواجب
الذي هو رده بحكم الفساد ولا يجعل هبة مع اتفاقهما عليها لما
ذكرنا كذا ههنا وقوله ليس له ان يحتسبه بضم السين فقال حسبه
اي عددته عليه حسابا بفتح العين في الماضي وضمها في المستقبل
وفي القنية بعث الى امراته متاعا وبعث ابو المراة اليه متاعا ثم ادعى
الزوج انه كان من الصداق فالقول قوله مع يمينه فان اختلف والمتاع

قائم

قائم فللمراة ان ترد وترجع بمهرها وان كان هالكا لا ترجع بالمهر وما بعث اليه
ابوها ان كان هالكا لم يكن على الزوج شيء وان كان قائما وقد بعثه من مال
نفسه ومن مال الزوجة برضاها لا يرجع في هبتها لان وجدها بعث اليها
بهدايا وعوضته ثم زفت اليه ثم فارقها وادعى ان ذلك كان عارية فالقول
قوله فاذا استرده فلها ان تسترد ما عوضته عن ذلك قيل لا يرجع كل واحد
بما فرق على الناس من ذلك بان صاحبه صريحا او دلالة ولا بالماكولات من
الاطعمة والفواكه الرطبة وكذا في الواقعات اشترى امتعة بعد
الدخول بها بامرها فقال الزوج ذلك من المهر وقالت هدية فقوله
المعتبر الا في الماكول كاللحم والخبز وفي الذخيرة جهز بنته وزوجها ثم
زعم ان الذي دفعه اليها ماله وكان على وجه العارية عندها وقالت
هو ملكي وجهزتني به او قال الزوج ذلك بعد موتها فالقول قولها
دون الاب لان الظاهر شاهد بملك البنت اذ العادة دفع ذلك اليها
بطريق الملك وحكي عن ركن الاسلام ابي الحسن علي السعدي ان القول قول
الاب لان ذلك يستفاد من جهته على ما مر وبه اخذ بعض المشايخ وهكذا ذكر
السرخسي وفي شرح السير في باب الوصية بالمال الجهاز العارية ثم شرع
والهبة تبرع والاولى ادناهما وقال الصدر الشهيد في واقعاته المختار
للفتوى ان كان العرف ظاهرا في الجهاز بمثل ذلك كما في ديارنا فالقول قول
الزوج وان كان مشتركا فالقول قول الاب وفي الذخيرة والواقعات وهبت
مهرها من زوجها وماتت بعد مدة فطلبت ورثتها مهرها من زوجها
وقالوا كانت وهبته في مرض موتها ولم تصح وقال الزوج كانت في صحتها
وقد صحت فالقول قول الزوج وقيل كان ينبغي ان يكون القول قول ورثتها
لان المهر واجبا في ذمة الزوج في حال المرض وقالت الورثة كان في حال
الصحة فالقول قولها وترثه ذكره في الوجيز في كتاب الشفعة والجواب
ان كان واجبا عليه حقا للزوجة ولم يكن للورثة حق في ذلك الوقت فوقع
الشك في ثبوت الحق لهم فلا يثبت بالشك وهم يدعون الا حقا لانفسهم
والزوج ينكر فلم يتحقق استحقاقهم للتعارض فكان القول قول الزوج
مع هذا الوجه وفي الواقعات قال ناصر الدين فيه نظر فصل
قوله واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير شيء وذلك في
دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها

مهر وكذا الحربيان في دار الحرب هذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في
الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها
وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وهو قول الشافعي وابن حنبل
وعنهما نصف مهر المثل وفي المغني لو تزوجها على خمر او خنزير وقبضته
ثم اسلما فلا شيء لها غيره وقبل القبض يجب لها مهر المثل بعد الدخول
وقبله يجب نصفه وبه قال الشافعي على ما ياتي بيانه وان تزوج ذمي ذمية
على ان لا مهر لها وسكت يجب لها مهر المثل وهو قول الشافعي وقال
زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا لعموم النكاح والخطاب لم يشرع
الا بابتغاء المال ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين لاحكام الاسلام وولاية
الاسلام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة فان احكام الاسلام
جارية عليهم من استحقاق النفقة في النكاح وعدته والتوارث
بالنكاح الصحيح وثبوت خيار البلوغ ونكاح المحارم ونكاح المطلقة
ثلاثا غير صحيح كالمسلمين لكن لا يتعرض اليهم قبل الاسلام او المرافعة
والتزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربا والزنا وولاية
الالتزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون
احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات ولهذا
لا نمنعهم من شرب الخمر واكل لحم الخنزير وولاية الالزام بالسيف
والمحاجة وكل ذلك غير مفيد اما بالسيف فانه موضوع عنهم والمحاجة
لا تفيد لانا امرنا بتركهم وما يدينون بالالتزام الحربية بخلاف
الشافعي متروك التسمية عامدا فانا نبطله بالحجة ولان تسمية
المهر عند العقد من حقوق الله تعالى بدليل ان المهر لا يسقط
بتراضيهما على اسقاطه والذمي غير مخاطب بحقوق الله تعالى
ويرد عليهما تزوج الذمي بغير شهود ولا اعلان فانه يصح عند
الثلاثة فلو اعتبرناه بالمسلم لم يصح ولا يعتبر بالكناية بينهم ذكره
في جوامع الفقه بخلاف الزنا فانه محرم في الاديان كلها والربا
مستثنى عن عقودهم الحديث **وقوله** في الكتاب او على غير مهر يحتمل
نفي المهر ويحتمل السكوت عنه والاصح ان الكل على الخلاف وفي الجامع
الصغير النفي على الاختلاف وفي الميتة والدم وذكر في الاصل ان لها
مهر المثل قيل هو قولهما فان كان قول الكل ففيه روايتان

وجه

وجه ما ذكر في الاصل انها لم ترض بغير بدل ووجه ما ذكر هنا انها لما رضيت بما
ليس بمال ولا قيمة له فقد رضيت بغير بدل ولانه لو وجب فلا يخلو اما ان
يجب حقا لها او للشرع لا وجه للاول لرضاها بغير بدل ولا الى الثاني لانه
غير مخاطب بحقوق الشرع فلنذكر مذاهب الائمة الاربعة في خطاب
الكفار بفروع الشرائع المطهرة ففي مختصر البزدوي الكافر اهل
للاحكام لا يراد بها وجه الله تعالى وليس اهلا لوجوب الشرائع والخطاب
موضوع عنه عندنا ويلزمه الايمان اجماعا لانه اهل لادائه ويعاقب على تركه
وفي كتاب المحصول في علم الاصول الكلام في خطاب الكفار في موضعين احدهما
في جواز خطابهم عقلا والثاني في وقوعه شرعا اما الاول فقد اجازه
قوم ومنع منه اخرون وفي اصول الفقه لابي الحسن البستي قال ابو
حنيفة وعامة اصحابه ان الخطاب بالمحرمات وبما يوجب العقوبات
يتناول الكفار وخطاب العبادات لا يتناولهم ولا خلاف في تناول
الامر بالايمان وفي اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي الكفار يخاطبون
بالايمان وبالمشروع من العقوبات فيما اعتقدوا حرمته ولهذا يقام
عليهم الحد ويحد في حد القذف بطريق الجزاء والجزر عن الاقدام
على اسبابها ولا يحد في حد شرب الخمر والسكر لعدم اعتقادهم حرمته
وكذا بينا ولهم الخطاب بالمعاملات كالبيع والشرا الوجود التزامهم
قال ولا خلاف ان الخطاب بالشرايع يتناولهم في حكم المواخذة في الاخرة
لان موجب الامر اعتقاد لزوم المامور به وهم منكرون اللزوم اعتقادا
وذلك كفر منهم بمنزلة انكار التوحيد فان صحة التصديق والاقرار
بالتوحيد لا يكون مع انكار شيء من الشرايع قال محمد في السير الكبير من انكر
شيئا من الشرايع فقد ابطل قول لا اله الا الله فاذا ثبت ان جحود الرابع كفر
منه ظهر انه معاقب عليه في الاخرة كما هو معاقب على اصل الكفر وهو
المعنى بقوله تعالى وويل للمشركين الذين لا يوتون الزكاة اي يجحدونها
وقال الله تعالى فان تابوا واقاموا الصلاة واتوا الزكاة اي التزموها
واعتقدوا وجوبها وقوله صلى الله عليه وسلم نهيت عن قتل المصلين
اي المومنين وكذا قوله تعالى حكاية عن قول الكفار ما سلككم في سقر
قالوا لم نك من المصلين اي من المسلمين المعتقدين وجوب الصلاة فهذا معنى
قولنا ان الخطاب يتناولهم فيما يرجع الى العقوبة في الاخرة واما وجوب

الاداء في احكام الدنيا في مذهب العراقيين من مشايخنا ان الخطاب يتناولهم
وهكذا ذكر صاحب الميزان عنهم وفيه قال بعض مشايخ سمرقند لا يتناو
لهم اصلا في حق الحرمات ولا في حق العبادات الا ما قام دليل شرعي عليه
نصا واستثنينا العقود اهل الذمة من حرمة الزنا ووجوب الحدود
والقصاص وقال بعض اهل التحقيق منهم انهم مخاطبون بالحرمات
والمعاملات دون العبادات وفايدة الخلاف لا تظهر في احكام الدنيا
وهكذا ذكر صاحب المحصول فانهم لو اسلموا لم يومروا بقضا الفوايت
ولا بما تقدم منهم تغفر بالاسلام بالنص ولا يجب عليهم الحدود
وانما تظهر في احكام الاخرة فعندهم يعاقبون على ترك العبادات
وعندنا لا ولا يعاقبون على مباشرة المحظورات عند بعض مشايخنا وعند
بعضهم يعاقبون وفي المختار عدم الخطاب هكذا ذكر صاحب الميزان
وهو علاء الدين العالم السمرقندي وفي اصول الفقه للسرخسي
ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من
العبادات وجواب هذه المسئلة غير محفوظ عن المتقدمين من اصحابنا
ولكن مسايلهم تدل على ذلك فان المرتد اذا اسلم لا يلزمه قضا الصلوات
التي تركها في الردة عندنا وعنده يلزمه ولمسلم هو استدل بمن صلى
في اول الوقت ثم ارتد ثم اسلم في اخر الوقت فانه يجب عليه الصلاة التي
صلاها في اول الوقت عندنا وعنده لا يجب لان الخطاب بالاداء مستمر
عنده فكان المؤدى معتدا به عنده وعندنا انقطع الخطاب بالردة
وحبط ما فعله فيجب الاداء لادراك الوقت ومنهم من قال هذه
المسئلة متفرعة على اصل اخر وهو ان الشرايع من نفس الايمان عنده
وهم مخاطبون بالايمان والشرايع منه وعندنا ليست منه ولا هي داخلة
في ماهية الايمان واحوط الوجوه ما ذكر في المبسوط وهو ان من نذر ان
يصوم شهرا ثم ارتد ثم اسلم فليس عليه شي من النذر وعندنا لان الردة
تبطل كل عبادة ولم يرد به المؤدى لانه لم يرد شيا من النذر فعلم
ان مراد محمد بذلك ابطال الردة وجوب كل عبادة فكان كالنص
على انه لا يجب على الكافر عبادة عند ادائها ولان الوجوب ليتادى به
الثواب على الفعل والعقاب على الترك والكافر ليس من اهل الثواب
بخلاف خطاب الايمان فانه يتادى به الثواب الجزيل ويجب ما قبله من

الكفر

الكفر والمعاصي وفي المحصول قال الاكثرون منا ومن المعتزلة الامر
بفروع الشرايع لا يتوقف على الايمان وقال الجمهور من اصحاب ابي
حنيفة انه يتوقف عليه وهو قول ابي حامد الاسفرايني من الشافعية
ومن الناس من قال بتناول النهي دون الامر واجمعوا على انهم
يعاقبون على الكفر وعلى ترك الايمان بالله والرسول ونقل القاضي
عبد الوهاب المالكي في الملخص والقاضي ابو يعلى في العمدة عن احمد
ابن حنبل ان الامر بالفروع لا يتوقف على الايمان قال القرافي في
شرحه المحصول هو مذهب جمهور المالكية والشافعية والحنابلة
وهذا المذهب ذكره الجصاص وصاحب المعتمد وبه قال الكرخي ذكره
السمعاني في اصوله وقال امام الحرمين في البرهان الخلاف في جوازه
عقلا وفي وقوعه بعد جوازه قال والمحدث مخاطب بالصلاة وعن ابي
هاشم انه غير مخاطب بها تفريعا على الصحة في حال الكفر وقال
الماوردي الصحيح ان المسئلة اجتهادية لا نظرية تعلقوا بقوله تعالى
يا ايها الناس اعبدوا ربكم والناس عام في المومن والكافر وكذا
العبادة عامة بقوله تعالى حكاية عن الكفار ما سلككم في سقر قالوا
لم نك من المصلين ولم نك نطعم المسكين وكنا نخوض مع الخائضين وكنا
نكذب بيوم الدين وبقوله تعالى والذين لا يدعون مع الله الها اخر
ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية ولان الايمان
شرط صحة العبادة وتمكنهم تحصيله كالطهارة للصلاة ولنا ما ثبت
من قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح انك تاتي قوما اهل الكتاب فادعهم
الى شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله فان هم اطاعوك فاعلمهم ان الله
فرض عليهم خمس صلوات في اليوم والليلة الحديث فبين رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان الفرايض وفروع الشرايع انما تجب عليهم بعد
الايمان بالله والرسول ولان الكافر لو خوطب بالشرايع فلا يخلو اما ان
خاطب بها في حال الخطاب بعد الايمان او قبله او بعده والاول
باطل لان الزمان الواحد لا يسع لخطابين احدهما فعل ولان الخطاب
لاداء الفعل والجمع بين الافعال في زمان واحد وقبله محال ايضا
كتقديم الصلاة على الوضوء والثالث باطل ايضا لانه متى لم يومن
في الزمان الاول يتوجه خطابه في الزمان الثاني كالاول لمكان الاستحالة

فان قيل لم يكونان واجبين نوجد احدهما بعد الاخر لوجوب الايمان بالله
تعالى وتصديق الرسول فان ذلك ثابت في حق الكفار من غير خلاف ولو
كان بهما لا عقلا لما ثبت وقال امام الحرمين في البرهان مدرك بلوغ هذا
ينتقض لمخاطبة من لا يعتقد الصانع بتصديق الانبيا وقد وقع الخطاب
بالمشروط قبل وجود شرطه في الدهري والجواب عن ذلك الفرق
وهو انه يمكن تصديقهما معا بخلاف الايمان والعمل بالشرايع فان
اتحادهما معا محال ولا يكون المخاطب من يكون قادرا على اتحاد الفعل
المتحد به والكافر لا يقدر على ذلك وقولهم يقدر عليه بشرط
تقديم الايمان باطل لان الايمان اصل جميع العبادات والطاعات
فكيف يكون شرطا واعتباره بالطاهر فاسد لا شك فيه فانه لا يلزم
من وجود الطهارة وجوب الصلوة اذا لم يشترط الايمان ويلزم
من الايمان وجوب الصلاة عند عدم السقوط ولان الشرع قد
نص على اشتراط الطهارة للصلاة بقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة
فاغسلوا وجوهكم وايديكم الاية وبقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة
الا بطهور وليس نص في شرطية الايمان في وجوب الشرايع على
الكافر والاصل عدم الوجوب الا بالنص ويدل عليه ان الله تعالى
ما امر باقامة الصلاة وايتا الزكاة الا المومنين بظواهر النص
فان لم هناك نص الا باشتراط الايمان لوجوب الفروع لا يمكن اثبات
الايمان اقتضا اذ شرط الشي ما يكون تبعا لذلك والايمان اصل الطاعات
وساير العبادات ولا يمكن ان يكون مامورا به لاجل تصحيح عبادة لغيره
بخلاف الطهارة فانها تبع وشرط لادا الصلاة فامكن اثباتها
تبعا وشرطا ولهذا لو اذن لعبده ان يكفر عن يمينه باعتاق رقبة
او اذن له ان يتزوج اربعا لا يتضمن ذلك الحرية وان كان ذلك
لا يصح الا من الحر لان الحرية اصل الاهلية واصل التصرفات
فلا يمكن اثباتها بطريق الاقتضا فالايمان اولى وكذا لو تزوج المولى
امته او السيدة عبدها لا يصح ولا يثبت الحرية فيهما اقتضا
ولان الصلاة والصوم وساير العبادات لو وجبت عليه بشرط
تقديم الايمان الذي هو شرط صحة ادايها لا يصح اذا ما تقدم
وجوبه بل يكون العجز من ادايها به عن ادايها قبل الايمان او الايمان

يسقطها

يسقطها لانه يجب ما قبله فلم يكن شرطا لصحة ادايها وما تقدم منهم
مغفور بالاسلام بالنص بخلاف الطهارة فانها لصحتها لا لسقوطها
فناسب الشرطية فاما لم يكن قادرا على ادايها قبل الايمان في
وبعده وان كان العجز في الحالين لم يكلف بها لان تكليف العاجز
منفي بالنص فلا يجوز ان يستحق بها زيادة عقوبة على تركها
خلاف للمحرمات على قول البعض لانه قادر على تركها فاذا ثبتت
القدرة صح التكليف فوضح الفرق بين المسألتين قال شهاب
الدين القرافي في شرح المحصول الفرق بين المامور به والمنهي
عنه ان المنهي عنه يسقط المواخذة عن الذي خوطب به
بمجرد تركه من غير نية بل صورة الترك كافية ولا تسقط
المواخذة في المامورات عن المامور بصورة الفعل بل تبقى
مواخذته حتى ياتي بالفعل منويا على وجه القربة ولان
وجوب الشرايع حينئذ يكون معلقا بتحصيل الايمان لثبت
القدرة والمعلق بالشرط عدم قبله فصار كالحج فان وجوبه
معلق بالاستطاعة ولا يجب قبلها اجماعا وانما الخلاف في
تفسيرها وقولهم مع ما فيه من الشرك اعظم من ان يلزمه
كفارة الظهار وكفارة اليمين اذا حنث وان ذلك مثل من وضع
عليه جبل عظيم كجبل ابي قبيس وجبل جودي وجبل قاسيون
فيقول من يقول لو وضع فوق ذلك عشرة ارطال من الحجارة
ونحوها لا معنى له لان من كان مخلدا في نار جهنم نعوذ بالله
لا يحتاج الى الزيادة على ذلك والجواب عن قوله تعالى يا ايها الناس
اعبدوا ربكم من وجوه الوجه الاول خبر الامه المراد بها
وحدوه والوجه الثاني ان العام في الاشخاص مطلق في الاحوال
فيكون الناس كلهم مامورين بالعبادة في حالة واحدة لانه
لا يتقيد بها والوجه الثالث ان اعبدوا مطلق في العبادة فلا
يفيد العموم في الفروع الوجه الرابع ان التوحيد اعظم
العبادات وهو مراد بالاجماع لخلايتنا ولا غيره اذ لا عموم
للمطلق والوجه الخامس المراد بالناس المومنون والجواب عن
قوله لم نك من المصلين من وجوه احدها انه قول الكفار فلا

يكون حجة ولو كان ذلك منهم غير حق لا يلزمه سائه ثانيها يجوز
أن يكون ذلك بسبب خوضهم مع الخائضين وتكذيبهم بيوم
الدين فان ذلك موجب لسلكهم في سقر وتخليدهم في النار وليس
ذلك موجب ترك الصلاة والزكاة وساير الفروع فان ذلك لا
يوجب للخلود وثالثها المراد بقولهم لم نك من المصلين اي من المؤ
منين فان اهل الكتاب كانوا من المصلين والمزكين لكن لم يكونوا
من المؤمنين بشريعته صلى الله عليه وسلم والذي يدل على ان
ذلك لاجل تكذيبهم خاصة قوله تعالى فما تنفعهم شفاعة
الشافعين فدل على ان ذلك لاجل تكذيبهم بيوم الدين لا المجموع
فانه بخروج التكذيب عن استقلاله في علية التخليد فانه يصير
جزء العلة وجزء العلة ليس بعلة ولان فروع الشريعة لا يجوز
اضافة الخلود اليها والتكذيب موجب للخلود فكان اضافة
الخلود اليه تبعيته والجواب عن قوله تعالى والذين لا يدعون
مع الله الها اخر الاية فانها كلها نواه وهم مخاطبون بالنواهي
على قول وقال فخر الدين في المحصول وجوب القضا المنفوس بالجمعة
والجواب عنه من وجهين احدهما ان الجمعة ليست اصلا حتى
يقضى بل الاصل هو الظهر عندنا ولهذا يقضى الظهر فما اسقطنا
القضا بعد وجوب الادا والثاني ان عدم وجوب الادا على خلاف
الاصل فلا يلزم ولهذا لما كان المرتد عندهم مخاطب عندهم
بالصلاة وجب عليه القضا اذا اسلم ومعنى قوله يضاعف
لهم العذاب يوم القيامة يعني لا ينقطع بل يزداد كما يزداد الوقت
وروى الضحاك عن ابن عباس انه قال التضعيف بالنقل من الى الزقوم
ومن الى الامام فيل هو واد في جهنم ومن الى الزمهرير وغير ذلك
وقوله تعالى الذين كفروا وصدوا عن سبيل الله زدناهم عذابا
فوق العذاب اي كفروا وحملوا غيرهم على الكفر يضاعف الله
تعالى عقابهم كما ضاعفوا كفرهم بما كانوا يفسدون اي يكونهم
مفسدين للناس بصدهم عن سبيل الله هكذا ورد في التفسير
قوله فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم
احدهما فلها الخمر والخنزير بعد قبضهما ولا شي لها غير ذلك وان لم

تقبضه

تقبضه حتى اسلما او اسلم احدهما ان كانا باعيانهما فكذلك
عند ابي حنيفة وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي
الخنزير مهر المثل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في
المعين وغير المعين وهو قوله الاخر وقوله الاول قول محمد
وقال محمد لها قيمتهما في الوجهين يعني في المعين وغير المعين ومحمد
وجه قول ابي يوسف في المعين ان القبض موكد للملك حتى لو طلقها
قبل الدخول بعد القبض لا يثبت ملك الزوج في النصف الا بالقضا
او بالتراضي على الاسترداد وقبل القبض يثبت بنفس الطلاق
ولهذا لو هلك قبل القبض كان الهلاك على الزوج ووجب عليه
قيمته وبعد القبض عليها ولا شي على الزوج فكان للقبض شبه
بالعقد فوجب ان يمتنع بالاسلام الحاقا لشبه العقد بنفس
العقد في موضع الحرمة احتياطا ووجه قول ابي يوسف في غير
المعين ان ملكها لا يثبت في المعين الا بالقبض اجماعا فكان القبض
ابتدا تمليك للعين فيمتنع باسلام احدهما فيجب مهر المثل كما
لو تزوجها على خمر او خنزير واحدهما مسلم ومحمد يقول صحت التسمية
وتعذر القبض لاجل الاسلام فصار في البدل كما لو هلك المسمى
ولابي حنيفة في المعين ان ملكها في الخمر والخنزير تام قبل الاسلام
قبل القبض ولهذا يجوز لها التصرف في البيع والهبة قبل
القبض فصار كما لو غصبت الخمر المغصوب به مع ان فيه ازالة اليد
المانعة وبيد الزوج غير مانعة فكان اولى والفرق لمحمد بين
الخمر والخنزير في غير المعين على الاستحسان والقياس وجوب
القيمة فيهما كقول محمد لتعذر الخنزير في المالية في حق المسلمين
خلاف الخمر فانها تخلل وينتفع بها ولان قيمة الخنزير لها حكم
الخنزير بعينه لانه من ذوات القيم ولهذا اجبر على قيمة الخنزير
كما اجبر على عينه لو اتى بها فكانت القيمة من موجبات تلك التسمية
فكما ان بعد الاسلام يمتنع قبض عين الخنزير يمتنع قبض قيمته
بخلاف الخمر فانها من ذوات الامثال لا من ذوات الامثال ولا
من ذوات القيم فلم يكن قبض قيمتها كقبض عينها وهذا ظاهر
لكن يرد عليه ما لو اشترى ذمي من ذمي دارا بخمر او خنزير

وشفيعها مسلم ياخذها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم يجعل
قيمة الخنزير كعينه وفي الحواشي ولابي حنيفة ان الملك نوعان
ملك الرقبة وملك التصرف وكلاهما ثابت للزوجة قبل القبض
والفايت لها صورة اليد ولا يمتنع ذلك بالاسلام كالمسلم اذا
اخذ عصيرا ومما ذكراه من تاكده بالقبض لا مدخل له فيه
اذا لم يستفد به احد الملكين المذكورين كالذمي اذا غصب
خمره ثم اسلم له ان يسترد خمره من الغاصب ويكون قبضه موكدا
ولو طلقها قبل الدخول ثم اوجب مهر المثل اوجب المتعة لانها
حكم مهر المثل ومن اوجب القيمة اوجب نصفها وقد قدمنا
مذاهب الايمة في ذلك في اول الفصل فلا نعيدها والله تعالى اعلم

باب نكاح الرقيق

الرقيق والرق الضعف والرق العبودية وقال ابن الفارس في المجمل
وابن الاثير في النهاية ان الرق الملك والرقيق المملوك ولهذا جمع
ذكره الجوهري كالرقيق والصديق وفي الكشاف في قوم علماء
ذوي مبرة ازام عدو او كانوا صديق فهو كالصهيل والعويل
وفي المغرب الرقيق المملوك فعيل بمعنى مفعول قلت كانه نظر الى
معناه الذي هو المملوك فانه مفعول لانه من فعل متعد والاظهر
ان الرقيق بمعنى فاعل لان الرق هو الضعف وهو لازم ومنه ما
ذكر في النهاية يودي المكاتب بقدر ما رق ويدل عليه حديث
عايشة ان ابا بكر رجل رقيق اي ضعيف هين لين وهو ضد القسوة
والشدة ومنه قول عثمان كبرت سني ورق عظمي قال المطرزي
واما قولهم ذات مرقوقة او عبد مرقوق كما حكاه ابن السكيت
فوجهه ان يكون من رق له اذا رحمه فهو مرقوق له ثم حذفت
الصلة كما في المندوب والماذون والمحجور لان اصله من الرقة
التي هي الضعف وهو لازم والرقيات مسايل جمعها محمد بن الحسن
حين كان قاضيا بالرقة وهي واسطة ديار ربيعة والقن العبد
الذي ملك هو وابوه وكذلك الاثنان والجمع والمونث وقد جاء
قنان واقنان وقنية واما امة قنة فلم نسمعه وعن ابن الاعرابي
عبد قن خالص العبودية فعلى هذا صح قول الفقهاء لانهم يعنون

به

به خلاف المدبر والمكاتب وفي النهاية لابن الاثير في حديث عمر لم نكن
عبيد قن انما كنا عبيد مملكة العبد القن الذي هو وابوه وعبد
المملكة الذي ملك هو دون ابويه قوله لا يجوز نكاح العبد
والامة الا باذن مولاهما قال ابن المنذر في الاشراف اجمع اهل العلم
انه لا يجوز وفي البدايع والمفيد لا يجوز نكاح المملوك بغير اذن
سيده كما ذكر في الكتاب وصوابه لا ينفذ لانه جايز صحيح
لكنه غير نافذ بل نفاذه موقوف على اجازة المولى وهكذا في المغني
لابن قدامة قال وصوابه لا ينفذ قوله وقال مالك يجوز وكذا
ذكر عنه في البدايع لانه يملك الطلاق بالاجماع فيملك النكاح فيه
نظر وفي الجواهر لا ينكح العبد الا باذن سيده فان عقد من
غير اذنه صح ثم للسيد ان يطلق عليه بخلاف الامة فان العقد
عليها بغير اذنه باطل ولا يصح باجازته وعنه للسيد فسخه
او تركه كنكاح العبد وهو شاذ والمهر والنفقة لازمان له
متعلقان بما يحصل في يده من غير خراجه ولا من كسبه وقال
ابن العربي في العارضة لا خلاف لاحد في ان العبد لا يجوز له
جواز بغير اذن سيده فان تزوج بغير اذنه كان للسيد اجازته
او رده وان اقدم عليه فلا حد عليه اما اذ بوذن قال ابو عمر
في التمهيد نكاحه موقوف على اجازة السيد وان طلقها العبد
قبل اجازة سيده كان طلاقا لا تحل له الا بعد زوج اخر وفي الاشراف
لا حد عليه في الوطي فيه وروي ذلك عن الشعبي والنخعي ومالك
والشافعي واسحق وابن حنبل وقال داود واصحابه يحد بالوطي
حد الزنا اذا علم بالنهي وهو مذهب ابن عمر ذكره ابن حزم في المحلى
لجابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد
تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر قال ابن حزم اسم العبد يقع
عليه وعلى الامة فكان ابن عمر يرى نكاحه زنا ويرى عليه الحد
وبه قال ابو ثور وقال مالك اذا فرق بينهما كان تفريقه طلاقا
قال وهذا خطا فاحش لانه لا يخلو امره ان يكون صحيحا او باطلا ولا ثالث
لهما فان كان صحيحا فلا خيار للسيد في ابطال عقد صحيح وان كان باطلا
فلا يجوز للسيد تصحيح الباطل وما عدا هذا فتخليط قلت قوله فان كان

صحيحًا فلا خيار للسيد في ابطال عقد صحيح غير صحيح بل يجوز له ابطال الصحيح
اذا لم يكن لازمًا ولا نافذًا وقد ابطلوا النكاح الصحيح بالجب والعنة
بالاجماع وبالعيوب وتزويج العبد والامة عيب فيهما ولهذا يثبت
خيار العيب للمشتري اذا وجدهما مزوجين ودعواه الحصر فيهما
باطلة لكن التفريق بينهما ليس بطلاق عندنا وهو قول الجمهور
وفي حديث جابر ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه
ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وهم لا يقولون بوجوب
الحد عليه بالتزوج وزعم ابن حزم في المحلى ايما عبد نكح ايضا وزعم
انه صحيح باللفظين وان المراد بالنكاح الوطء قلنا التزوج محكم في
العقد والنكاح محتمل له فيحمل المحتمل على المحكم وهو من رواية عبد
الله بن محمد بن عقيل بن ابي طالب بلفظ التزوج قال يحيى ضعيف
وقال ابن حبان كان رديء الحفظ واجازة المشتري يجوز لان المشتري لا يحل
له وطيها ومثله في الذخيرة وفي المبسوط النكاح لا ينفذ باجازة
المشتري هنا لانه فسد من حين ملكها المشتري قال ومن اصحابنا
من يقول ما ذكره في الكتاب غلط لانه لما دخل بها الزوج ثم ملك
البائع وجب عليها العدة فلم تحل للمشتري فلا يفسد النكاح
الموقوف قال ولكنا نقول ما ذكره في الكتاب صحيح لان وجوب العدة
انما يكون بعد التفريق وقبله غير معتدة فاعتراض ملك المشتري
الثاني يبطل النكاح الموقوف وان كان ممنوعًا عن غشيانها وهو
نظير المنع بسبب الاستبراء فانه لا يمنع بطلان النكاح الموقوف
وفي جوامع الفقه اذا تزوجت بغير اذن مولاها ثم باعها بخيار او
بغير خيار او وهبها وسلمها او باعها بيعًا فاسدًا وسلمها وهو
ممن تحل له وطيها او وصى بها ولم يبعها بل وطيها المولى او قبلها
وعلم بالنكاح او لم يعلم او زوجت لنفسها من غيره بطل نكاحها
وفي خزانة الاكمل او اوصى بها وقبلها الموصى له وان لم يتصل به
القبول بعد موت الموصي ولو اشتراها ابنها او رباها او ربيبها
امرأة او اخوها من الرضاع او كان الاب وطيها او قبلها بشهوة او دخل
بها الزوج ثم باعها المولى او ورثها وارث او كان عبدًا فالنكاح موقوف
صح اجازتهم في هذه الصور ومثله في المفيد خلافا لما ذكره السرخسي

ف

في شرح الكافي **قوله** واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في
رقبته يباع فيه وفي المغني المهر يتعلق برقبته ويباع فيه الا ان يفديه
المولى كقولنا وفي المنهاج السيد باذنه لا يضمن نفقة ولا مهرًا
في الجديد وهما في كسبه بعد النكاح فان كان مأذونا له في التجارة
ففيما في يده من الربح وكذا في راس المال في الاصح وفي البسيط
الاصح ليس في راس المال فان لم يكن مأذونا له ولا مكتسبا ففي ذمته
وفي قول في السيد وفي الجواهر والنفقة والمهر لازمان متعلقان
بما يحصل له في يده مما ليس من خراجه فاشبه سائر الديون اللازمة
للعبد المأذون وفي المبسوط المهر والنفقة لازمان في النكاح
المأذون ولا خلاف انه يتعلق باكسابه ولو كان ملك السيد والمرأة
ابنه عتق بابيه لان البضع متقوم في حالة الدخول كثمن المبيع بل
اولى لانه لا يجوز اخلاؤه عن العوض ولهذا يثبت مع نفيه ويجب
بعقد من لا يملك التصرف في المال كتزويج الاخ والعم وابنه بخلاف
الخلع فان البضع عند الخروج غير متقوم وبخلاف الصلح عن دم
العمد لان الدم ليس بمال ولا هو متقوم وان جاز الاعتياض عنه
حتى لو عفا عن قصاص له في مرض موته يعتبر من جميع ماله لانه
لم يفوت على ورثته مالا وفي الخطا يعتبر من ثلث ماله لان القتل
الخطا مال وفي المدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه
لانهما لا يقبلان الانتقال من ملك الى ملك مع بقاء التدبير والكتابة
فيؤدي من كسبهما لا من ماليتهما لتعذر الاستيفاء من الرقبة
وينبغي ان يجعل من المكاتب فسخا للكتابة لانها غير لازمة من جهته
وهي قابلة للفسخ ولهذا كان بيع المكاتب برضاه فسخا للكتابة
في الاظهر ويمكن ان يقال لا حاجة بنا هنا الى فسخ الكتابة لحصول
المقصود بالاكتساب ولا كذلك البيع اذا تزوج العبد بغير اذن
مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة وكذا لو
قال طلقها طلاقا بائنا ذكره في المحيط وان قال طلقها تطليقة
يملك الرجعة او اوقع عليها تطليقة او طلقها تطليقة تقع عليها
فهو اجازة وجه الاول ان رد هذا العقد ومتاركته تسمى طلاقا
ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل

عليه اولى ان لا يثبت الاجازة بالشك ووجه الثاني ان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح نافذ بعد الدخول فتعينت الاجازة وكذا الطلاق الموصوف بالوقوع وقد ذكرنا قبل هذا ما يكون اجازة فيه وما لا يكون مستوفا فلا نعيده ومن قال لعبده تزوج هذه الامة او هذه الحرة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة وعندهما يطالب بعد العتق واصله ان الاذن بالنكاح يتناول الصحيح والفاسد عنده وعندهما يتقيد بالصحيح النافذ والموقوف وعند الشافعي في ذمته كقولهما وفي قول في رقبته وفي البسيط لا يدخل له الا ان اسم النكاح يشتمل على الصحيح والفاسد وفي المغني فيتناوله للفاسد احتمال لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز لا الفاسد فانه لا يحل الوطء فصار كالتوكيل بالنكاح فانه يتناول الجائز دون الفاسد ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع حيث يتناول الجائز والفاسد لان الفاسد فيه يفيد الملك بالقبض ولابي حنيفة ان المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع الضرورة والتهمة فكان كالبيع وبعض المقاصد حاصل بالنكاح الفاسد كثبوت النسب بالوطء وسقوط الحد ووجوب المهر والعدة وفي قاضيخان ولان العبد اهل لمباشرة النكاح وانما يشترط رضى المولى فيه لتعلق المهر بماليته وفي هذا لا فرق بين الصحيح والفاسد وفي المحيط ان اذنه انما يحتاج اليه لشغل رقبته بالمهر والشغل يتحقق بهما بخلاف الوكيل فان المطلوب للامر ثبوت الحل له وفي المفيد والمزيد هذا لا يصح على اصله لان العبد عنده في النكاح كالوكيل فكان اذنه محتاجا اليه والصواب انه مستفاد من الاطلاق ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة وفي قاضيخان قيل ذلك قولهما وفي المفيد والمزيد يحنث بالنكاح الفاسد عنده وكذا المامور بالنكاح لو زوجه نكاحا فاسدا ينتهي به عنده وفي المصفى الفتوى على الاول وفي المحيط وكله ان يزوجه نكاحا فاسدا فزوجه نكاحا صحيحا نافذا لا يجوز بخلاف البيع والفرق ان التوكيل بالنكاح الفاسد لا يصح وبالبيع

الفاسد يصح فكان فيه مخالفة الى خير ومسئلة اليمين ان كانت قول الكل فله ان التقييد في اليمين للعرف ومبنى الايمان عليه وفي قاضيخان التوكيل بالنكاح ينبغي ان يتناول الفاسد والجائز وقد جزم به صاحب المفيد وفرق صاحب المحيط بينهما بما ذكرنا قبل واتفقوا على انه يتناول الموقوف ولا ينتهي به الاذن ولا التوكيل حتى كان له ان يجيزه او يتزوج غيرها موقوفا او باتا فكذا الوكيل يجيز الموقوف او يزوج موكله غيرها موقوفا او باتا لبقاء الاذن والوكالة وفي المحيط وغيره ويجوز للعبد ان يتزوجها ثانيا نكاحا صحيحا موقوفا او صحيحا باتا عندهما لبقاء الاذن كالموقوف وعند ابي حنيفة لا يتزوج لانتهاء الاذن بالفاسد عنده وفرق ابو حنيفة بين الموقوف والفاسد وقد دخلا تحت الاذن بصورته دون حكمه الكامل لانه لا يتناوله فانتهى بمجرد الصورة والموقوف دخل تحته بصورته وبحكمه الكامل المطلوب فلا ينتهي بمجرد الصورة ونظيرهما ما ذكر في اول كتاب ايمان الجامع اذا قال لامرأته قبل الدخول ان كلمتك فانت طالق فحنث ان كلمتك فانت طالق فحنث في اليمين الاولى بعد انعقاد اليمين الثانية بذكر الشرط والجزاء اذا وصل ولا يحنث بالشرط وحده وان كان كاملا لغوا ولم يصل ووقف في اليمين الثانية على قوله ان كلمتك ولم يذكر الجزاء حنث في اليمين الاولى بالكلام الناقص لما ذكرنا ان الفرق وهو انه عند اقتصاره على ذكر الشرط دون الجزاء يتناول الكلام من حيث الصورة لا غير واذا وصله بالجزاء اراد الكلام التام الكامل الذي يحسن السكوت عليه فلا يحنث ببعضه لكن يرد على هذا الفرق سؤال وهو انه ذكر في الجامع في باب اليمين بالحلف ان تمام الشرط بصورته ومعناه فلم يعتبر للحنث بمجرد الصورة ويمكن ان يحمل هذا على معنى اخر الذي ذكر في ذلك الباب وهو انه مع تمام الكلام الشرط والجزاء اذا كان فيه معنى الحلف تاما الدلالة الجملة على معنى اخر لا يحنث لاحتمال ارادة ذلك المعنى الاخر لا الحلف فلا يحنث بالشك وفي البدائع لو اذن له في النكاح الفاسد نصا ودخل بها فيه يلزمه المهر في رقبته في الحال بالاتفاق ولو دخل في الموقوف ثم اجازه المولى ففي القياس يلزمه مهران مهر بالدخول ومهر بالعقد بالاجازة وفي الاستحسان يجب مهر واحد لاستناد الاجازة الى وقت العقد فكان الوطء واقعا في الملك

باعتبارها وفي البدايع للاستحسان وجهان احدهما ان الاجازة تستند
لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق والوجه الثاني ان الدخول
موجبه الحد لا المهر لولا العقد وقد وجب المسمى بالعقد فلو وجب
مهر اخر بالوطي لوجب بعقد واحد مهران وهو ممتنع ثم المهر
الواجب بالعقد او الوطي للمولى في الامة والمدبرة وام الولد وفي
المكاتبة ومعتق البعض لهما بمنزلة الارش وفي المبسوط لو دخل بها
في الموضوعين قبل الاجازة ثم اعتقهما جاز العقد وعليه مهران في القياس
مهر للمولى بالدخول بالشبهة ومهر لها بالعقد النافذ بالعتق
وفي الاستحسان يجب مهر واحد للمولى وحكم الاجازة يستند ومن زوج
عبدا ماذونا له امراة جاز والمراة اسوة الغرما في مهرها ومعناه
اذا كان بمهر المثل اما جواز النكاح فلملك الرقبة ولهذا كانت امة
مديونة يجوز للسيد وطيها وان احتمل العلوق والنكاح يصادف
ادميته دون حق الغرما وانما اشترط اذن المولى وان ملك الادمية
لاجل التهمة حتى لو خلا عن التهمة لا ينفرد به ولم يحتج الى اذنه كما لو
اقر بقتل العمد فانه يقبل ويقتل لعدم التهمة وان فوت حق المولى
لانه يفوت ضمنا بعد صحة الاقرار كذا ههنا لان وجوب المهر يكون
بعد صحة العقد بسبب لا مرد له فكان نقض حقهم ضمنا لا بقصد كما في
المستهلك وتزوج المريض بمهر المثل فانها فيه اسوة الغرما وقد ذكرنا
قبل هذا زيادة توضيح هذا المعنى قوله ومن زوج امته فليس
عليه ان يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى ويقال له متى ظفرت
بها وطيتها فتبوا سوى المكان اي اتخذه مباءة نحو سوطه الحد
موطنا والمباءة المرجع ايضا ومثله توسدت التراب اي اتخذته وسادة
وقال ابن فارس في المجمل تبوأته منزلا اذا اسكنته اياه وفي الصحاح تبوأت
منزلا وبوأته منزلا بمعنى اي هيأته ومكنت له فيه والباءة والمباء
المتروك ووجه ذلك ان المولى كان له حق في استخدامها والاستمتاع بها
فقد اسقط حقه في الاستمتاع وبقي حقه في الاستخدام ووجوب التبوئة
اذ ليس لولاها ان يستخدمها ذكره في الجامع والخزانة ولان المولى
لو منع من استخدام عبده وامته لما رغب في تزويجها وفي الجواهر
استخدام الامة لا يبطل بالتزويج ويحرم على السيد الاستمتاع بها

وليس

ليس عليه ان يبوئها بيتا الا ان يشترط ذلك في العقد وبه قال ابن
حنبل وعند ... شرط ذلك باطل وقال ابن الماجشون يرسلها اليه ليلة
بعد ثلث وثانيها الزوج فيما بين ذلك عند اهلها وفي المغني لو
زوجها من غير شرط التبوئة قال القاضي فهو كالمشروط تسلمه
ليلا وتخدمه نهارا وعند الشافعي يستخدمها نهارا ويسلمها الى
زوجها ليلا ولو شرط العكس لا يصح لان الليل محل الاستراحة من الخدمة
ووقت غشيان النساء ولهذا كان القسم على الليل قلنا حقه ثابت
في الليل والنهار ويمكن الجمع بين الحقين في الوقتين ولا يقسم بلا
ليل واذا لم يبوئها فلا نفقة لها ولا سكنى وكذا لو بوأها صغيرة
لا تصلح للجماع وان بوأها وهي صالحة للجماع فلها النفقة والسكنى
لوجود الاحتباس الشرعي فان بدا له ان يستخدمها فله ذلك
وتسقط النفقة والسكنى لان حق المولى لم يسقط بالتبوئة كما لم
يسقط بالتزويج وكما لو اعار المرتهن العين المرهونة من الراهن
لا يسقط حقه فله ان يستردها ويصير المولى بالتبوئة كالمعير
لامته من زوجها فلا يتعلق بها اللزوم فيستردها متى شاء وكذا
لو كان شرط التبوئة في العقد فالشرط باطل لا يمنعه من استخدا
مها لان الحق للزوج حل الوطي بالنكاح لا غير فاشتراط الاقامة
عنده غير مستفاد من التزويج فلو لزم ذلك لا يخلو اما ان يكون
بطريق الاستيجار او الاعارة لا وجه للاول لجهالة المدة وعدم
الاجرة وجهالتها ولا وجه للثاني ايضا لان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم
ولو طلقها ثانيا بعد الدخول فلها النفقة والسكنى وان اخرجها
فعليه اعادتها ولو طلقها قبل التبوئة او بعدها بعد اخذها فلا
نفقة لها ولا يومر باعادتها الى منزله لان الاعادة غير مستحقة
على المولى فلم يكن اعادته الى حكم التسليم بل ابتدا التسليم نفس غير منتفع
بها فلا يستحق كالصغيرة بخلاف الحرة الناشزة فان العود مستحق
عليها ولو استحسان ولو اعادها الزوج نحو ولو اخرجها المولى
بعد الطلاق يجب اعادتها لانها اعادة الى التسليم المستحق وللزوج
المسافرة بها ويخرج الزوج معها والنفقة عليه اذا بوأها بيتا
والمهر للامة ما دام مالها ما لم يتبرعه السيد ذكره في الجواهر

عن مالك وفي المغني ان اراد الزوج السفر بها فليس له ذلك وان اراد
السيد السفر بها قال ابن حنبل لا ادري قال صاحب الكتاب ذكر
تزويج العبد والامة ولم يذكر رضاهما يعني محمدا في الجامع الصغير
وهذا يرجع الى مذهبنا ان المولى يملك اجبارهما على النكاح وهو قول
مالك الا انه قال ولا يزوج امته الكارهة من عبده الاسود اذا كان
فيه ضرر عليها وللشافعي اقوال ثلاثة احدها لا يجبر العبد قال في
البسيط وهو الاصح والثاني يجبره كالامة والثالث يجبر الصغير دون
الكبير ذكرها في الوسيط والاصح ان المولى لا يجبر على تزويج عبده
ولا يجبر على اعفاف ولده وفي المحلى في شرح المحلى لابن حزم لا يجوز
للسيد اجبار امته وعبده على النكاح فان فعل فليس نكاحا قال
وهو قول الشافعي وابي سليمان قلت نقله عن الشافعي غلط والامة مجمع
عليها والعبد ما ذكرته وفي الاسبيجابي له ان يزوج امته على كره
صغيرة كانت او كبيرة وكذا العبد الصغير وكذا الكبير في ظاهر
الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا يزوج العبد الا باذنه ورضاه
وكذا في الاسبيجابي وفي الكتاب وهو رواية عن ابي حنيفة وكذا في
المفيد والمزيد قال الثوري وهو رواية الطحاوي عن ابي حنيفة
وهي رواية شاذة وجه الظاهر ان في انكاحه اصلاح ملكه ومنعه
من الوقوع في الفجور والزنا فيملكه كالامة فان قيل لا فايدة في اكراهه
على النكاح فان الطلاق بيد العبد فكلما زوجه المولى مكرها
يطلقها العبد المتمرد فلا يفيد قيل له يمنعه من ذلك خدمة المولى
والغالب ان العبد لا يعاند مولاه وهذا بخلاف المكاتب والمكاتبة حيث
لا يجبرهما المولى على النكاح لانهما التحقا بالاحرار في التصرف وحرمة
اليد حتى لو وطي المولى مكاتبته يلزمه العقر فلا بد من رضاهما وفي
الاشراف لابن المنذر اختلفوا في اكراه ام الولد على النكاح كرهه
ومنعه ابن ابي عبد الرحمن بغير اذنها وبه قال الشافعي في العراق
وقال هو منسوخ وكذا قال من بمصر وقال له ان يزوجها وقال مالك
انها امره ليس له تزويجها وله ان يكره عبده وامته على النكاح وبه
قال الثوري وابو ثور والشافعي بالعراق ثم رجع بمصر عن العبد
وفي جوامع الفقه احد المولين والمعتقين لا ينفرد بالانكاح ولا

يملك

ولا يملك الاب والقاضي تزويج عبد الصغير ولو زوج الاب عبد الصغير
امة له جاز ولا يجب المهر وفي التحفة عن ابي يوسف يملك الاب تزويج
عبد ابنه امة ابنه ولا يجوز تزويجه بامة اجنبي للضرر في الحال
مسالة لا يتسرى العبد والمكاتب والمدبر وان اذن لهم المولى
في ذلك وبه قال ابن سيرين وحماد والثوري والحكم وابراهيم والجديد
للشافعي وجوزه باذن السيد ابن عمر وابن عباس والحسن والشعبي
وعمر بن عبد العزيز وابن شهاب والزهري ومالك والاوزاعي
وابن حنبل وابن راهويه وابو ثور واختاره ابن المنذر وابن عمر
وغيره جوزه بغير اذن السيد لنا ان هولاء ليس لهم ملك بدليل
انهم لا يملكون اعتاق من بايديهم من العبيد والاماء ولا الشرع عما في
ايديهم من المال وقال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء
قوله ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا
مهر لها عند ابي حنيفة ولا لمولاها وهو المذهب عند الشافعي
وقال ابو يوسف ومحمد ومالك وابو ثور يجب المهر ولو قتلت الامة
نفسها ففيه روايتان عن ابي حنيفة احداهما يسقط كقتل المولى
وهذا لان فعل المملوك مضاف الى المالك حكما الا ترى انه هو المطالب
بالدفع او الفدا وصار كردتها وبه قال الشافعي على المذهب
وفي الرواية الاخرى لا يسقط وبها قال ابو يوسف ومحمد ومالك
كالحرة وان قتلت نفسها فلها المهر عندنا وكذا لو قتلها اجنبي
وفي المنهاج لو قتلت الحرة او قتلها اجنبي لا يسقط مهرها عند
الشافعي وفي الجواهر لو قتلت الامة سيدها او اجنبي او قتلت
نفسها لا يسقط مهرها وكذا الحرة لو ماتت او قتلت نفسها او
قتلها اجنبي وفي المحيط اذا ارتدت الامة قيل لا يسقط مهرها لانه
ملك المولى وقيل يسقط لانه حقها ابتدا وعند زفر لو قتلت
الحرة نفسها يسقط مهرها كردتها ولو قتل المولى امته لنا ان
المقتول ميت باجله والقتل موت بدليل ان من قال لعبده ان مت
فانت حر فقتل يعتق عبده فصار كالحرة اذا قتلت نفسها او قتلت
الامة نفسها في احدى الروايتين وكما لو قتلها اجنبي فان المهر يتاكد
في هذه الصور ولا يسقط كونها حتف نفسها ولابي حنيفة ان

المعقود عليه مات قبل الدخول بفعل من له المهر وهو المولى فلا يجب عليه كما لو باعها من سلطان او نحوه فذهب بها من المصر فانه يسقط المطالبة بالمهر عن الزوج وكذا لو اعتقها قبل الدخول فاختارت نفسها هكذا في قاضيخان وفي خزانة الاكمل لو باعها المولى في مكان لا يقدر الزوج عليها فلا مهر له على الزوج وفي ملتقى البحار ولو قتلها المولى قبل الدخول لا يجب على الزوج مهرها عنده كما لو غيبها بموضع لا يمكن الوصول اليها وفي الكبرى وهذا اجماع والقتل في احكام الدنيا اعتبر موتا في حق القاتل بل اعتبر اتلافا واهلاكا حتى وجب على القاتل القصاص والدية والكفارة والاثم وحرم الميراث وكونه اتلافا ثابت في قتل المولى امته في وجوب الكفارة والاثم ووجوب التعزير وانما لا يجب القصاص والقيمة للتعذر حتى لو كان رهنا يضمن قيمتها واما الحرة اذا قتلت نفسها فانما تاكد به المهر ولا يسقط لان جناية المولى على نفسه غير معتبر في حق احكام الدنيا اصلا ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد في المسلم اذا قتل نفسه يغسل ويصلى عليه ولا يصير به باغيا على نفسه ووجه اخر وهو ان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتها للمهر انما يكون تفويتا بعد موتها وبالموت ينتقل المهر الى ورثتها فلا يسقط لانه للورثة بخلاف قتل المولى لان المهر له فكان مفوتا حق نفسه وملكه بعد موتها لا ان لا غير وهو كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه القيمة ولو قال الحر اقتلني فقتله يجب ديته على القاتل ولا يصح اذنه في ابطال حق الورثة كذا هنا وهذا بخلاف قتل الوارث للحرة قبل الدخول فان المهر لا يسقط كقتل نفسها لان الوارث صار محروما عن الميراث فلم يصر مبطلا حق نفسه في المهر ووجه اخر ان القتل لا يتم الا بعد زهوق الروح وعند ذلك لا يمكن ان يكون قاتله لعدم اهليتها لذلك اذ من جملة شروط الاهلية الحياة ومتى فقدت الحياة انتفى الموت فلا يمكن اضافته اليها ومثاله اذا قال لزوجته ان جننت فانت طالق لا يقع الطلاق اذا جن لان الشرط اذا تحقق ينتفي اهلية التطليق فلا يقع بخلاف ما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق فدخلها وهو مجنون حيث يقع الطلاق لان التعليق هناك صح اذ الدخول

الذي

الذي هو شرط وقوع الطلاق لا ينافي الوقوع فصح التعليق ولا يلزم اذا تزوج صغيرة وكبيرة فارضعت الصغيرة من الكبيرة حرمتا على الزوج ولا يسقط مهر الصغيرة وان كان الرضاع فعلها والمهر لها ولا المجنونة اذا قتلت ابن زوجها حتى مات منه لا يسقط مهرها بفعلها لان فعلهما لا يصلح لاسقاط حقهما كما لو قتلتا مورثيهما فان قيل ينتقض هذا بالمرتدة فانها يسقط مهرها قبل الدخول والجواب ان ردتها محظورة في حقها اذا كانت عاقلة مميزة بدليل انها تحرم الميراث بسببها وتجبر حتى تتوب او تموت ولو قتل السيد زوجها لا يسقط مهرها اجماعا ولو كان السيد صبيا يسقط وقيل لا يسقط ذكره في المصفى والله اعلم مسئلة زوج عبده امته لا يجب المهر وبه قال الشافعي في المنهاج وقيل يجب ذكره في الجامع وفي الاشراف زوج امته من عبده بغير مهر فكان ابن عباس والثوري والشافعي واحمد واسحق يقولون لا باس به ولا يجب شيء وقال الاوزاعي يصدقها ما شاء ولو درهما وقال مالك لا يجوز بغير صداق فان فات بالدخول مضى النكاح وفرض ربع دينار وفي الجواهر لو زوج امته من عبده فلا بد من مهر قال ابو بكر ابن المنذر النكاح ثابت ولا يجوز ان يفسد بفساد المهر ولا بعدم ذكره وقد ذكرنا بعض ذلك في كتاب النكاح قبل هذا قوله واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة وفي الكتاب نقله ظاهر الرواية عنهما وفي خير مطلوب لم يذكر عنهما خلافا فيها وفيه وعنهما بالاذن اليها وفي ملتقى البحار الامة تحت حر او عبد لا يعزل الزوج عنها الا باذن المولى عند ابي حنيفة رضيت الامة او لم ترض وعندهما لا يعزل عنها الا برضى الامة رضي المولى او لم يرض وهكذا في البدايع وقاضيخان ولم يذكروا في ظاهر الرواية وفي قاضيخان اختلف زفر ويعقوب على قول ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة في حق الخصومة للمولى اذا وجد به عيبا وعلى قول زفر لها لان المقصود منه قضاء الشهوة وهو خالص حقها ووجه الاول ان فيه تفويت الولد غالبا وهو ملك المولى فلا يجوز بغير رضاه وفي الجواهر لا يجوز العزل عن الحرة الا برضاها واذنها ولا عن الامة الحرة الزوجة الا باذن اهلها ولا يعتبر

اذنها كقول ابي حنيفة قال ولا خلاف في جوازه في السرية من غير اذنها
وفي التنبيه يعزل عن زوجته الامة والاولى ان لا يعزل وان كانت حرة
لم يجز الا باذنها وقيل يجوز بغير اذنها وفي المغني لا يعزل عن
زوجته الحرة الا باذنها قال القاضي منصور ظاهر كلام احمد وجوبه
ويحتمل ان يكون مستحبا لان حقها في الوطء دون الانزال بدليل ان ذلك
منه يكون زوجها ويخرج به عن الغنية واما عن زوجته ففيه احتمالان
وقال ابن حزم في المحلى لا يحل العزل عن الحرة ولا عن الامة قال ابن
المنذر في الاشراف رخص في العزل عن جاريته جماعة من الصحابة
كعلي ابن ابي طالب وسعد ابن ابي وقاص وزيد ابن ثابت وابي ايوب
الانصاري وابن عباس وجابر ابن عبد الله وانس والحسن ابن علي وبه
قال سعيد ابن المسيب وطاوس وعن ابي بكر وعمر وابن مسعود
وابن عمر كراهيته قال ابن المنذر العزل مباح بالطريق الثابت
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل كانت له جارية
يعزل عنها اعزل عنها ما شئت فانه سياتيها ما قدر لها قال
جابر ابن عبد الله الانصاري الراوي فلبث الرجل ثم اتاه فقال
ان الجارية قد حملت قال قد اخبرتك انه سياتيها ما قدر لها
اخرجه مسلم وابو داود وعن ابي سعيد الخدري ان رجلا اتى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لي جارية وانا اعزل عنها
وانا اكره ان تحمل وان اليهود تحدث ان العزل الموءودة الصغرى
قال كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه
واختلف على يحيى ابن كثير فيه فقيل عنه عن عبد الرحمن بن ثوبان
عن جابر ابن عبد الله اخرجه ابو داود والنسائي والترمذي
مختصرا من حديثه وقيل فيه عن ابي رفاعة كما ذكر وقيل فيه عن
ابي مطيع وقيل فيه عن ابي سلمة عن ابي هريرة رضي الله عنه وعن
ابي محيريز قال دخلت المسجد فرايت ابا سعيد الخدري فجلست
اليه فسالته عن العزل فقال ابو سعيد خرجنا مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم في غزوة بني المصطلق فاصبنا سبيا من سبي
العرب فاشتهينا النساء واشتدت علينا العزبة واحببنا الفداء
فاردنا ان نعزل ثم قلنا نعزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين اظهرنا

قبل

قبل ان نساله عن ذلك فقال ما عليكم ان لا تفعلوا ما من نسمة كائنة الى
يوم القيامة الا وهي كائنة اخرجه البخاري ومسلم وابو داود
والنسائي ذكر ذلك كله المنذري وعن جابر كنا نعزل على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم والقران ينزل متفق عليه ولمسلم كنا
نعزل على عهده صلى الله عليه وسلم فبلغه ذلك فلم ينهنا
وقال جابر لو كان شيئا ينهى عنه لنهانا القران متفق عليه وعن
عكرمة ان زيدا وسعدا كانا يعزلان وعن ابن عباس من شاء
ان يعزل فليعزل وعن سعيد ابن المسيب كانت الانصار
لا يرون باسا بالعزل وعن ابراهيم ان علقمة واصحاب ابن
مسعود كانوا يعزلون ذكر هذا كله ابو بكر ابن ابي شيبة في
مصنفه وعن ابراهيم التيمي والنخعي ومحمد وابن جبير وعبد
الله وجابر ابن زيد انهم قالوا لا تعزل عن الحرة الا باذنها
وتعزل عن الامة وهو قول ابن عباس ذكر ذلك ابو بكر المذكور
واحتج الشافعي بقول ابن عباس ولان في ترك العزل ارقاق ولده
قلنا مراد ابن عباس بالامة السرية لا الزوجة بدليل ما روى
ابن المنذر في الاشراف انه قال تستامر الحرة في العزل ولا
تستامر الامة السرية واذا اجاز له اعدامه بالعزل فارقاقه
احق وفي مصنف ابي بكر ابن ابي شيبة وان كانت تحت حر استامرها
كما تستامر الحرة وبه قال ابن مسعود وعطاء والنخعي وكذا لو كانت
تحت عبد عندنا وفي قاضيخان ان الصحابة استاذنوا رسول الله
صلى الله عليه وسلم في العزل فاذن لهم وعن بعض المفسرين
في تفسير قوله تعالى فاتوا حرثكم انى شئتم عزلا وان شئتم غير
عزل ثم ان قيل في صحيح مسلم من رواية جدامة بنت وهب
الاسدية فقالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالوه
عن العزل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوأد الخفي
قيل له حديث جدامة نسخ ان يكون على وجه التنزيه
وضعفوه وقالوا كيف يصح ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم
يكذبهم في ذلك ثم يخبر به لكن حديث تكذيب اليهود
مضطرب وحديث جدامة في الصحيح **قوله** وان تزوجت
الامة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او

عبدا اما اذا كان زوجها عبدا فهو اجماع واما اذا كان حرا فهو
مذهبنا قال ابن حزم في المحلى وهو قول ابن عمر وبه قال طاوس
ومجاهد وعامر الشعبي والنخعي وحماد بن ابي سليمان والحكم وابن
سيرين وسعيد بن المسيب والاسود بن يزيد والثوري والحسن
بن مسلم وابو ثور وذكر ذلك ايضا ابن المنذر في الاشراف وابو
بكر بن ابي شيبة في مصنفه قال ابن حزم وهو قول الكوفيين
قال طاوس تخير ولو كان زوجها من قريش قال النخعي تخير ولو
كان زوجها هشام بن عبد الملك وقال مجاهد تخير ولو كان
زوجها امير المومنين ذكر ذلك ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه
وابن حزم في المحلى وفي المحلى كان ابن عمر يجعل الخيار في الحر قال ابن حزم
وبه نقول وقال قوم لا تخير المكاتبة وصح ذلك عن الحسن وهو
قول عطاء وابي قلابة عبد الله بن زيد الجرمي وقال سفيان الثوري
ان تزوجها بعد الكتابة فلا خيار لها وان تزوجها قبل الكتابة
فلها الخيار وقال قوم انما تخير تحت العبد ولا تخير تحت الحر وهو
قول الحسن والزهري وابي قلابة وعطاء وعروة ونسب ذلك
الى ابن عباس قال ابو محمد ولا نعلم هذا عنه وهو قول ابن ابي ليلى
والاوزاعي ومالك والشافعي واحمد بن حنبل وابن راهويه وابي سليمان
وداود الظاهري واحتجوا بحديث بريرة من حديث عايشة
رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها
عبدا رواه مسلم وابو داود وابن ماجة وعن عروة عن عايشة
ان بريرة اعتقت وكان زوجها عبدا فخيرها رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولو كان حرا لم يخيرها رواه مسلم وابو داود والترمذي
وصححه وعن عروة عن عايشة ان بريرة اعتقت وزوجها عبدا
اسمه مغيث فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث رواه ابو
داود وعن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس قال كان زوج بريرة
عبدا اسود لبني فلان يقال له مغيث كاني انظر اليه يطوف في
سكك المدينة وراها ودموعه تسيل على لحيته رواه ابو داود
وفي رواية كان عبدا اسود لبني مغيرة قالوا ولانه لا ضرر عليها
ولا عار اذا كان زوجها حرا فلا يثبت ولو عتق الزوج قبل اختيارها
يثبت لها الخيار في احد الوجهين فبطل تعليلهم ولو عتق وتحته

امة

امة تخير في احد الوجهين ولنا حديث الاسود بن يزيد النخعي عن عايشة
ان زوج بريرة كان حرا حين اعتقت وانها خيرت فقالت ما احب ان
اكون معه واني كذا وكذا قال المنذري رواه البخاري وابو داود
والنسائي والترمذي وابن ماجة واحمد قلت ورواه البزار ايضا
في مسند امير المومنين وقال الترمذي حديث حسن صحيح مسلم من
رواية شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم عن عايشة قال عبد الرحمن
وكان زوجها حرا وفي المنتقى لابن تيمية قال رواه الجماعة ولم يذكر
البخاري وقد نص على صحة رواية الاسود الترمذي وابو محمد ابن حزم
في المحلى وقال ابو الفرج ابن الجوزي في التحقيق ان الحديثين صحيحان ومن
غير رواية الاسود عن قاسم بن اصبغ من رواية موسى بن معوية قال
كان زوج بريرة حرا ذكره في الامام وقال ابو محمد بن حزم روى ذلك
عن عايشة ثلثة الاسود بن يزيد وعروة والقاسم اما الاسود فلم يختلف
عنه عن ام المومنين انه كان حرا واما عروة فقد اختلف عنه في ذلك قال
ابو محمد حدثنا احمد بن قاسم قال حدثنا ابو قاسم بن محمد بن قاسم قال حدثنا
جدي قاسم بن اصبغ قال حدثنا احمد بن يزيد المعلم قال حدثنا موسى بن
معوية قال حدثنا جرير عن هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة
قال كان زوج بريرة حرا فتعارضتا قال واما القاسم بن محمد فروينا
عنه من طريق احمد بن شعيب قال اخبرني محمد بن اسماعيل ابن علية حدثنا
يحيى بن ابي كثير اخبرنا شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد عن ابيه
عن عايشة فذكرت ان زوج بريرة كان عبدا ثم قال عبد الرحمن بعد ذلك
ما ادري فاضطربت الرواية عن ام المومنين ورواية ابن عباس رضي الله
عنه عارضتها رواية ام المومنين انه كان حرا حين اعتقت قال ورواية
ابن عباس ورواية عايشة رضي الله عنها صحيحتان لا سيما الاسود عن عايشة
ام المومنين والرواية الاخرى عن عايشة معارضة انتهى كلام ابي محمد
وفي كتاب الحافظ ابي بكر البزار البصري من مسند ام المومنين عن عايشة
قال ابو بكر احمد بن عمرو قال حدثنا محمد بن المثنى وعمرو بن علي قالا حدثنا
محمد بن جعفر قال حدثنا شعبة عن الحكم عن ابراهيم عن الاسود بن يزيد عن
عايشة انها ارادت ان تشتري بريرة فاشترطوا ولاها فقال رسول الله صلى
صلى الله عليه وسلم اشتريها فاعتقيها فان الولا لمن اعتق واتي بلحم فقيل له

هذا مما تصدق به على بريرة فقال هو لها صدقة ولنا هدية وخيرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها حرا وفي الدارقطني عن الاسود
عن عايشة ان زوج بريرة كان حرا يوم اعتقت وفيه اذهبي فقد
عتق بضعك وذكر شمس الدين سبط ابن الجوزي عن ابن عباس ان زوجها
كان حرا وفي المنهاج كانت بريرة مكاتبة وقالت ان اهلي كاتبوني على
تسع اواق في تسع سنين كل سنة اوقية فاشترتها عايشة رضي الله
عنها واعتقتها متفق عليه ولان الامة زوجت بغير رضاها
لانها تجبر على النكاح اجماعا فلا اعتبار برضاها فاذا اعتقت يثبت
لها الخيار الذي لم يكن في حال الرق ولم يذكروا اعتبار هذه العلة
والعلة المشهورة عند علمائنا ان الامة مملوكة بتطليقتين فاذا
اعتقت تصير مملوكة بثلاث طلقات فيملك الزوج عليها زيادة قيد
فكان لها الخيار دافعة بالزيادة عليها برفع اصل النكاح لان
مراعاة حقها في الشرع اولى من مراعاة حقه كالجب والعنة مع
الرتق او القرن على ما عرف والدليل على ان الامة مملوكة بتطليقتين
والحرة بثلث يأتي في كتاب الطلاق قال البيهقي السوال في الحديث عن
عن عايشة ان زوجها كان حرا وهو من اقوال الاسود وليس هو
عن عايشة وادعى البيهقي الادراج على ابي داود وعلى شعبة وعلى
ابراهيم وعلى الحكم وعلى الاسود وهذا التخليط كثير منه وقال الترمذي
عن الاسود عن عايشة قالت كان زوج بريرة حرا ثم قال وهذا حديث
حسن صحيح فبطل بهذا دعوى البيهقي انه مدرج ولانه اذا ثبت
عندهم قول عايشة انه كان حرا ساغ للرواة كلهم ان يقولوا
كان حرا من غير ان يصرحوا بقولها رضي الله عنها ولو لم يثبت ذلك
عندهم لا يسوغ لهم ان يقولوا كان حرا بغير مستند فكان فيه
تفسيق الثقات وهولاء كلهم ثقات اما الاسود بن يزيد بن قيس
النخعي ابو عمرو ويقال ابو عبد الرحمن الكوفي اخو عبد الرحمن بن
يزيد وابن اخي علقمة بن قيس وهو خال ابراهيم بن يزيد النخعي
راى ابا بكر وعمر وعليا وسلمان الفارسي وعبد الله بن مسعود ومعاذ
ابن جبل وابا موسى الاشعري وعايشة رضي الله عنهم وروى عنهم
توفي سنة خمس وسبعين فعلو ما في كثير روى له الجماعة ذكره

في

في الكمال وابراهيم بن يزيد بن قيس النخعي الكوفي فقيه اهل الكوفة جليل
القدر قال في الكمال مات مختفيا من الحجاج سنة ست وتسعين وهو
ابن تسع واربعين سنة وقيل ثمان وخمسين سنة روى له الجماعة والله
اعلم قلت الحجاج هلك سنة خمس وتسعين ذكره النواوي في تهذيب
الاسما واللغات فكيف يكون مختفيا منه بعد موته بسنة وشعبة
ابن الحجاج ابن الورد العتكي الازدي مولاهم ابو بسطام الواسطي
قال سفيان شعبة امير المومنين في الحديث وكان حافظا متقنا
ورعا فاضلا توفي بالبصرة سنة ستين ومايه وعمره سبع وسبعون
سنة روى له الجماعة وقال البيهقي رواه البخاري في الصحيح هكذا
في السنن الكبير عن موسى بن اسمعيل عن ابي عوانة ثم قال حديث
الاسود منقطع قلت لم يبين كيفية الانقطاع والانقطاع انما يكون
اذا لم يمكن ان يجتمع الراوي بمن روى عنه ومع الامكان لا يحمل على
الانقطاع فكان يجب ان يبين ذلك واكتفى مسلم بامكان اللقاء ورد
من خالف ذلك في مقدمة كتابه وقال ابن القطان في الوهم والايهام
ما ذكره مسلم قول الجمهور واشترط البخاري وعلي ابن المديني اللقاء
ولو مرة لكن لا يقولون انه منقطع ولكن لم يثبت سماع احدهما من
الاخر وعند الجمهور متصل فان كان المختار من بين ذلك على اصله فلا
يقبل منه ومع انه لا يقال فيه منقطع وقال النواوي رواية من
روى انه كان حرا غلط وشاذ مردود وقولها لو كان حرا لم
يخيرها مثل هذا لا يكاد احد يقوله الا توقيفا قلت هذا تحامل
وعصبية من النواوي من غير نظر وقد ذكرنا عن المتقدمين من
الحفاظ كالترمذي وابو محمد بن حزم وابو الفرج ابن الجوزي
انه صحيح ولا نسبة بين النواوي وبين واحد منهم فلا يلتفت
الى قوله وقوله لا يكاد احد يقوله الا توقيفا غير صحيح فانه في محل
الاجتهاد والظاهر انها قالته اجتهادا ان ثبت عنها ان ثبت
عنها وهو الذي يليق بروايتها الاخرى قال ولانه لا ضرر عليها
ولا عار اذا كانت تحت حر بل طل من الوجهين اللذين ذكرناهما
مع ان كلامه فيه متناقض فانه قال بعد هذا اوجب ترجيح الرواية
التي جاءت بكونه عبدا والترجيح بين الروايتين انما يكون بعد الاستوا

في الصحة بامر خارج والغلط والموضوع او الضعيف لا يعارض الصحيح
حتى يحتاج الى ترجيح الصحيح على الغلط والموضوع والشاذ هو ما خالف
رواية الثقات او من انفرد به من لا يحتمل حاله ان يقبل ما انفرد به
ذكره الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد في علوم الحديث فكيف يحل
له ان يقول في حديث الشاذ انه غلط شاذ مردود لمخالفته
مذهب مقلدوه وقال صاحب المفهم في شرح مسلم لو كانت علتهم
صحيحة يعني العلة الاولى لثبت الحكم الذي هو الخيار لكل من
تزوج في حال صغره ذكرانا وانا ثا اذا زال عنه سبب الخيار
ولا خيار يثبت بالاجماع لغيرها قلت جازف في نقل الاجماع
بغير علم وعندنا وعند جماعة من السلف يثبت الخيار
للاحرار اذا بلغوا الا في حق الاب والجد لوفور شفقتهما
والمالك اجنبي مع ان الفرق ظاهر لان الخيار بسبب الرق دايم
والخيار بسبب الصغر يزول بالبلوغ فليس الضرر الموقت
كالضرر المؤبد فافترقا وفي الجامع زوج امته الصغيرة ثم
اعتقها فلها خيار العتق دون خيار البلوغ فجعلوا المولى
كالاب ويمكن ان يكونوا قد اكتفوا بالاقوى عن الاضعف
نص عليهما في الذخيرة ومثلهم من قال بالاول وهو الاصح
ولهذا لا يثبت الخيار للعبد لو عتق ولو كانت امته الصغيرة
فعلت صح فان زوجها برضاها جاز وبغير رضاها لم يجز الا
باجازتها لانها بقبول العقد التحقت بالبالغة حتى كانت
احق بنفسها ومكاسبها فان اذن فعتقت فنكاحها موقوف
فان اجاز المولى جاز وان ابت فلها خيار البلوغ دون خيار
العتق لانه نفذ عليها بعد العتق وولاية المولى قاصرة كغير
الاب والجد ولو اجازت بعد العتق لم يجز حتى يجيزه المولى وهي
من ادق المسايل فانه يجوز اجازتها وهي صغيرة رقيقة ولا يجوز
اجازتها وهي حرة وان عجزت بطل نكاحها ولم يجز باجازة المولى
لطريان الحل البات ولو زوج مكاتبته الصغيرة برضاها ثم
عتقت فلها خيار العتق لان رضاها معتبر قد طعنوا في حديث
مسلم قال شعبة ثم سالت عبد الرحمن فقال لا ادري بعد روايته

انه

انه كان حرا والله اعلم قلت لا يضر قوله لا ادري بعد الجزم من القول
الثقة لانه يجوز ان يكون قد نسيه وهذا متعين ولو جعله اصلا لا
يقدح عندهم في الرواية المتقدمة لاحتمال النسيان فكيف
اذا قال لا ادري وقد ذكر ابو محمد في المحلى في حديث عايشة انه
كان عبدا او فيه قال حدثنا شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم ثم قال
عبد الرحمن بعد ذلك ما ادري فلم يجعلوه مانعا والجواب عن حديث
ابن عباس من وجهين آخرين احدهما ان مداره على عكرمة مولاه
وقد انكر عليه مالك ويحيى ابن سعيد وقال ايوب لم يكن عندي
ثقة ولم اكتب عنه وقال محمد بن سعد ليس يحتج بحديثه
وتكلم الناس فيه ومسلم لم يخرج حديثه والجرح مقدم والوجه
الثاني ان الراوي عنه مدلس وهو قتادة وقد قال فيه
قتادة عن عكرمة والمدلس متى قال عن فلان كان في حكم المنقطع
فلا يكون حجة ذكره ابو محمد بن حزم والبيهقي وابن الصلاح
والنواوي وابن دقيق العيد في علوم الحديث قال الشيخ تقي
الدين ابن دقيق العيد المشهور عن المدلس اذا قال عن فلان
لا يحمل على السماع حتى يبين الراوي ذلك وما لم يبين فهو كالمنقطع
وفي علوم الحديث لابن الصلاح اختلفوا في قبول رواية من عرف
بذلك فجعله فريق من اهل الحديث والفقه مجروحا بذلك
وقالوا لا يقبل روايته بحال بين السماع او لم يبين وقال شعبة
التدليس اخو الكذب وعنه انه قال لان ازني احب الي من ان ادلس
والصحيح التفصيل وهو انه ان قال سمعته او حدثنا او اخبرنا
ونحوها فهو مقبول وقال الحافظ ابو جعفر الطحاوي والحافظ
ابو محمد ابن حزم الظاهري في رده على داود الظاهري فيه
اذ اولى الاشيا اذا جاءت الاثار هكذا ووجدنا السبيل الى حملها
على وجه لا يقع فيه التضاد والتكاذب ان نحملها على ذلك ولا
نحملها على التضاد والتكاذب وان كان راويها عندنا محمولا على
الصدق والعدالة فيما رووا ولا يجوز بان يعمل باحد الحديثين
ويحكم على الاخر بالغلط والكذب وكان زوج بريرة قد قيل فيه
انه كان عبدا وقيل فيه انه كان حرا فيجعله عبدا في حال وحرا في حال

اخرى ويجب تاخير احدى الحالتين عن الاخرى والرق قد يكون بعد
الحرية لا يكون بعدها الا في حالة نادرة فيجعل حال العبودية
متقدمة على حال الحرية وحال الحرية متاخرة عن حال الرق
فيثبت بذلك انه كان حرا في وقت عبدا قبل ذلك هكذا تصحيح
الآثار ومن قال انه كان عبدا حين خيرت لم يطلع على اعتاقه
لان المولى ينفرد به ومن قال انه كان حرا فقد علم باعتاقه
وهو العذر لمن روى انه كان عبدا لانه علم انه عبد ولم يثبت
عنه زوال العدم اجتهاده عند الناس ونظير هذا قول عائشة
كان فيما انزل من القران عشر رضعات يحرمن فنسخن بخمس رضعات
معلومات يحرمن فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي مما يتلى
من القران وهو يدل على قرب عهد النسخ من وفاته صلى الله عليه
وسلم لانه لا نسخ بعد وفاته فكان من لم يبلغه النسخ يقراها
كالذي لم يبلغه اعتاقه يقول انه عبد وهذا متعين قال ابو محمد
ولان من قال انه كان حرا عنده زيادة علم لم يكن عند من قال انه
كان عبدا او رواية عثمان بن ابي شيبة ولو كان حرا ما خيرها
ليس فيه انه من كلام ام المؤمنين وقد يمكن ان يكون من كلام من
دونها فلا يجوز ان ينسب اليها قول بوهم ثم انه لا اختلاف مالكي
ولا شافعي ولا حنبلي ولا ظاهري في ان عدلين لو شهدا انا نعرفه
هو مملوك لفلان وشهد عدلان اخران بانا نعرفه هو حر
فانه يجب الحكم بالحرية دون الحكم بالرق لان عنده فضل علم
ليس عند غيره ثم ناهيك انه لو لم يرو واحد انه كان حرا لم
يختلف الرواية انه كان عبدا حين اعتقت هل حافظ روى
في شيء من الاخبار الثابتة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما
خيرتها لانها اعتقت تحت عبد ولو كانت تحت حر ما خيرتها هذا امر
لا يجدونه ابدا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا في رواية
صحيحة ولا سقيمة فحينئذ لا فرق بين من يدعي انه انما خيرها
لانه كان عبدا وبين اخر يدعي انه انما خيرها لانه كان اسود
واخر يدعي انه انما خيرها لان اسمه مغيث كل ذلك ظنون كاذبة
لا يحل القول بها وانما الحق انه خيرها بين البقاء معه وبين فراقه

ولا

ولا يريد كاخيد كل معتقه ولا يريد ولان مفهوم العبد مفهوم اللقب
وهو ليس بحجة عندنا ولا عندهم الا عند الدقاق قال الشيخ شهاب
الدين القرافي ان مفهوم اللقب تعليق الحكم على العلم كقوله تعالى
محمد رسول الله ويلحق به اسماء الاجناس حكاه عن التبريزي
كقوله صلى الله عليه وسلم وترابها طهورا وقوله ثم اغسله
بالماء واستدلال الشافعية بذلك لا يصح لانه ليس بحجة
عندنا ولا عندهم فكذا مفهوم العبد كما ثبت فكان زوجها
حرا او روي ايضا ايما حرة امة عتقت وكانت تحت عبد
فهي بالخيار ذكره في المحلى وقال هو من رواية حسن بن عمر
وابن امية وهو مجهول فسقط الاحتجاج به ثم لو صح لم يكن
فيه الا حكم العبد دون الحر وتعلقوا ايضا بخبر روي
عن عائشة انها كان لها عبد وجارية فامرها رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان تبدا بالعبد وهو خبر لا يصح قال
العقيلي لا يعرف الا بعبيد الله بن عبد الرحمن وهو ضعيف
ثم لو صح لا حجة فيه لانه لم يذكر انهما كانا زوجين وانما
هذا في ذلك الخبر كذاب عظيم لا يستحيي لارباب الكذب
لا سيما على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد يجوز لو صح
انهما كانا زوجين ان يكون امرها بالبداءة بالزوج لفضل
الرجال على النساء قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة
وقال حكاية عن ام مريم وليس الذكر كالانثى ووجه اخر
ان قوله صلى الله عليه وسلم اذهبي فقد عتق بضعك معك
كما رواه الدارقطني فقد جعل علة الخيار عتقها مثل سبيل
فيستهد في خروجه ونحو ذلك والحكم يعم بعموم العلة كما في سائر
العلل الشرعية العقلية وفي الذخيرة لو قال لها وهي
امة ان دخلت فانت طالق ثلاثا فاعتقت فدخلت الدار تطلق
ثلاثا دل على ان الزوج يملك الثلث على الامة قبل ان تعتق لكن
في الزيادات ما يدل على خلافه وهو انه لو طلقها طلقتين
قبل العتق لا تحل له الا بعد زوج اخر فلو كان مالكا الثلث لما
حرمت عليه حرمة غليظة بالثنتين وخيار المكاتبة بالعلة

الثابتة وهو ازدياد الملك فان المكاتبة مملوكة بطلقتين كغيرها وكذا عدتها حيضتان وقد تقدم ان خيارها يمتد الى اخر المجلس ويبطل بالاعراض والقيام عن المجلس بالوطي روي ذلك عن عمر وابنه وعبد الله بن عمر وحفصة وسليمان بن يسار وابي قلابه ونافع والنخعي وان وطيها ولم يعلم بالخيار فهي على خيارها وهو قول الحسن وحماد وسعيد بن المسيب والحكم والنخعي وقال ابو الفرج في التحقيق لها الخيار ما لم تمكنه من وطيها وللشافعي ثلث اقوال احدها هذا والثاني الى ثلثه ايام والثالث على الفور وقالت الظاهرية هي على خيارها ابدا حتى تختار وعن عمر بن الخطاب في حديث بريرة ان غشيها زوجها فلا خيار لها وعن حفصة انها اعتقت جارية لها ثم قالت ان وطيك زوجك فلا خيار لك وعن ابن عمر قال اذا اصابها وقد عرفت ان لها الخيار فليس لها الخيار وان لم تعرف فلها الخيار وان وطيها الف مرة وعن ابن مسعود قد تبقى معه ولا تختار حتى تموت او يموت وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة ان قربك فلا خيار لك قال علي فيه ابو الاصبغ الحراني ضعيف منكر الحديث ثم اختلفوا في اختيارها نفسها هل هو طلاق او فسخ فصح عن قتادة انها واحده باينه وهو قول عمر بن عبد العزيز وابي حنيفة ومالك واصحابهما وصح انه فسخ لا طلاق عن حماد وابراهيم والنخعي وهو قول طاوس وبه قال الشافعي وابن حنبل وابن راهويه وداود واصحابهم والله اعلم قلت وهو قول ابي حنيفة واصحابه ونقله عنهم غلط وان كان ذلك قبل الدخول فما لها من الصداق فقال قوم لا صداق لها صح ذلك عن الزهري قلت وهو مذهبنا وبه قال الجمهور وقال قتاده لها نصف الصداق قال ابن حزم ابطل قوم صداقها بذلك وهو اعوان للشيطان وصد عن الاسلام وهل صداقها الا لها حلال قلت ايجاب جميع الصداق للمرتد قبل الدخول هو العون للشيطان وتقويه للكفر والطغيان وذلك منه جهل وهذيان قال ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه

عن

عن ابن عباس انه قال لا شي لها الا ما جعل عليه فذهب بنفسها وماله قال وهو قول الحسن وابراهيم ومجاهد وقال مالك هو طلاق لا فسخ ولا يجب عليه صداق ذكروا في فوايد في حديث بريرة يزيد على مايه فايده وجمع الطبري في ذلك سته اجزا وبريره فعيله من البر ويحتمل ان يكون بمعنى بارة وبمعنى مبروره ثم اختلفوا في بيعها وهي مكاتبه فبل اشترا عايشه لها كان باذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيلو فسخ للكتابه ومن اجاز بيع المكاتب برضاه قال لم يكن ذلك كتابة ولم تكن الكتابة عقدت بعد وحديث عايشه يبطل هذا التاويل مع قولها فاعتقيني وقد عجزت عن الادا فاتفقا على فسخها وعندنا المكاتبه تنفرد بفسخها وبيعها برضاها فسخ للكتابه في الاصح وقوله صلى الله عليه وسلم لعايشه اشتريها واعتقيها واشترطي لهم الولا انفرد بهذه الكلمة هشام بن عروه وهي مشكله لانها امرت باشتراط ما لا يجوز وهو غدر لمن لا يعلم ذلك ليتم البيع والنبي صلى الله عليه وسلم منزه عن مثله فلذلك انكر يحيى بن اكثم على هشام حيث انفرد بها عن الحفاظ والجمهور على صحة ذلك وتاولوه على وجوه الوجه الاول ان اللام بمعنى على كقوله تعالى ولهم اللعنة وان اسأتم فلها والوجه الثاني قوله صلى الله عليه وسلم اشترطي لم يكن على جهه الاباحه بل معناه انه لا يفيدهم ذلك اشترطي لهم او لا تشترطي وقوي ذلك بما جاء من روايه ايمن المكي عن عايشه انه قال اشتريها ودعيهم يشترطون والوجه الثالث ان ذلك قد اشتهر عندهم وعلم بطلان اشتراطه فكان الامر به على وجه التهديد وابدوه بقوله ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مايه شرط قضا الله احق وشرط الله اوثق والوجه الرابع ما رواه الحافظ ابو جعفر الطحاوي عن الشافعي عن مالك عن هشام بن عروه عن ابيه عن عايشه عن النبي صلى الله عليه وسلم اشترطي الولا لا تعتريهما وقال معناه اظهري لهم حكم الولا لان الاشتراط هو الاظهار وقال اوس بن حجر فاشترط فيها نفسه اي اظهر نفسه لما حاول ان يفعل قال القرطبي هذه الروايه انفرد بها الشافعي عن مالك والجمهور من الايمة الحفاظ على

خلافهما وقوله ليس في كتاب الله أي لا نا أصلاً ولا تفصيلاً وذكر المائة للتكثير بمعنى الشروط التي هي مشروعة باطلة وان كثرت وفي الجواهر لو عتق الزوج قبل ان تختار نفسها فلا خيار لها وعندنا لها الخيار وهو احد الوجهين للشافعية فان طلقها الزوج رجعيا فلها الخيار وثانيا فلا معنى للخيار وفي الذخيرة لو عتقت في العدة من طلاق رجعي فلها الخيار وان كانت صغيرة ينتظر بلوغها لو ثبت الخيار ولها في حال الحيض امرت بالتاخير الى زمن الطهر فان ظهرت او قعت ان شاءت وعندنا لها ان تختار نفسها في حال الحيض لانه فسخ لا طلاق عندنا وعند المالكية طلاق ولانها مضطرة لاقتصاره على المجلس وكذا خيار البلوغ والعتق ذكره في المحيط فان عتق الزوج قبل الطهر قال ابن القاسم في العتبية هي على خيارها وقد قال قبل هذا لو عتق الزوج قبل ان تختار فلا خيار لها لزوال علته على اصلهم وهذا ايضا تحكم وقال ابو الحسن اللخمي الصواب ان لا خيار لها لان السبب قد زال وهي زوجته واختيارها نفسها عندهم طلقة بائنة او رجعية فيه قولان للمالكية وقال اللخمي هذا مشكل كيف يصح رجعتها والطلاق بيده وانما هو حق عليه قلت وهو مصادم لحديث بريرة ان زوجها كان يطوف وراها في سكك المدينة ودموعه تسيل على لحيته والنبي صلى الله عليه وسلم يشفع له فلو كان له ولاية رجعتها لم يحتج الى ذلك ولا امره النبي صلى الله عليه وسلم برجعتها مع شدة حبه لها ولو كانت جاهلة بالحكم فالمشهور سقوط خيارها والشاذ ثبوته وقال بعض المالكية هو الصحيح كمذهبنا قال ابو الحسن اشتهر الخيار بالمدينة حتى لا يخفى وعليه تكلم مالك قلت الامة تعذر بالجهل بالخيار اذ هي مظنة الجهل لانها لا تتفرغ لتعلم احكام الشرع لاشتغالها بخدمة المولى وشهرته بالمدينة لا تفيد شهرته في جميع البلاد الاسلامية ولو كانت غائبة عند اعتاقها فاختارت نفسها ثم ثبت ان زوجها عتق قبل ان تختار نفسها بطل خيارها وهو يقوي الاول وقوله وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت بعد نكاحها فلا خيار لها لان نفاذه بعد عتقها وقد ذكرناه في الاول فلا نعيده **قوله** ومن وطئ امة ابنه فولدت

منه

منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه وهذا اذا ادعاه الاب وقال زفر والشافعي وابن حنبل يجب المهر واجمعوا على ان الاب يحرم عليه وطء امة ابنه وفي المنهاج يجب به عليه فهو لا حد على المذهب وفي القديم يجب الحد فان احبلها فالولد حر نسيبا وتصير الجارية ام ولد في الاظهر ان لم تكن ام ولد لابنه وعليه قيمتها مع المهر لا قيمة ولده في الاصح وفي البسيط لو ولدت منه هل ينتقل الملك اليه قبل العلوق او معه او بعده فيه وجوه وجه تقدم الملك كي يكون وطئه حلالا تعظيما لحرمة الابوة ويكون الولد من وطئ حلال فلا يجب قيمته ولا عقر كقول ائمتنا الثلاثة ولان الملك شرط لصحة الاستيلاد وشرط الشيء يتقدمه كالطهارة للصلاة والاصح عندهم ان الملك يحصل مع العلوق ولا يجب قيمة الولد وفي المغني ان علقت منه صارت ام ولده وهو قول الثوري واسحق ذكره ابن المنذر وقال ابو ثور ان علم انها لا تحل له يجب الحد ولا يلزم الاب قيمة الجارية ولا عقرها ولا قيمة الولد عند احمد قال وقال الشافعي يلزمه ذلك كله اذا حكم بانها ام ولده وهذا بنا على ان الاب لو اتلف مال ولده فليس له مطالبته بقيمته ولا يثبت له دين عليه عند الحنابلة وهو ضعيف وفي البسيط الظاهر ان الاستيلاد يثبت ويجب على الابن اعفاف ابيه وقال ابو حنيفة لا يجب واليه مال المزني وذكر ابن جبان قول الشافعي كقول ابي حنيفة وهو القياس واخذ العراقيون والمراوزة المسئلة على قولين اذا لم يثبت فيه حديث وليس يلوح فرق بين الاب والابن انتهى كلام صاحب البسيط وفي الزيادات ذكر محمد بن سماعة عن ابي يوسف ان الاب له في جارية الابن حق التملك لا حق الملك ولا حقيقته بدليل حل الوطئ للابن هكذا في قاضي خان والحواشي قال ولو كان للاب حق في مال الابن لما حل للابن وطئ جاريته كما لا يحل للمولى وطئ مكاتبته لان لها في اكسابها حقا فالاب بمنزلة الواهب للاجنبي فان له حق التملك في الجارية الموهوبة لا حق الملك ولهذا يحل له التزوج بالجارية الموهوبة قبل رجوعه في هبته وحق الملك يمنع النكاح كحقيقته ولا يمنع من بقائه لانه دونه والملك يمنع النكاح ورفعه

إذ هو اقوى من الثلاثة وحق الملك يمنعه ولا يرفعه وحق التملك اضعف
من الكل لا يمنع النكاح ولا يرفعه وعلل المسئلة في الكتاب بان الاب له
تملك مال ابنه للحاجة الى ابقائه فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة
ماله غير ان الحاجة الى ابقا نسله دونها الى ابقا نفسه فلهذا يتملك
جاريته عند العلوق بالقيمة والطعام بغير القيمة نظيرها لو اختلطت
المذكيه بالميتة والذكيه غالبة يتحرى ولو اختلطت جواريه
او زوجاته باجنبية لا يتحرى لان الحاجة الى الطعام امس
حتى ابيحت الميته في حال المخمصة ولا يباح الوطي الحرام بالضرورة
فيكون الوطي قد لاقى ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولا قيمة ولده
لانه علق حر الاصل وزفر قاسها على الجارية المشتركه حيث
لا يحتاج فيها الى سبق ملك نصيب الشريك لانه ملكه فيها كاف
للاستيلاد حتى لو كانت الجاريه المشتركه بين الاب والابن فوطيها
الاب فولدت منه فادعاه الاب يجب عليه العقر في نصيب ابنه
وكذا لو كان وطي الاب لجارية الابن غير معلق يجب العقر لعدم
ملك الجارية اصلا لا بوصف التقدم ولا بوصف التاخر وانما
يثبت للاب الملك فيها لضرورة صحة الاستيلاد فلا يثبت بدونه
ذكره في الحواشي وقال ابن قدامه في المغني قال ابو حنيفة يلزمه
قيمتها لانها حرمت على الابن فوطيها كاتلافها وغلط في النقل
عن الامام وهو كثير الخطا والغلط في نقل مذهبنا ولو كان
الابن جوزها اياه جاز النكاح عندنا وهو قول اهل العراق
وعند اهل الحجاز لا يجوز وهو قول ابن حنبل وعند الشافعي
فيه تفصيل قال في البسيط ان قلنا انه لا يتزوج بجارية
الاجنبي لانه موسر بمال ولده فلا يصح نكاحها وان قلنا
يتزوج جارية الاجنبي وكان الابن معسرا لا يملك غير جاريته
وهي لا تفي ما عسا به ينبني صحة نكاحه على حصول الاستيلاد
لو وطي جارية ولده فان قلنا لا يصح الاستيلاد يصح نكاحه
ويلتحق الابن بالاجنبي وان قلنا يحصل لا يصح نكاحه ولو كان
الاب عبدا جاز نكاح جاريه ابنه بالاجماع وفي المبسوط لا يجوز
للاب ان يتزوج بجاريه ابنه عند الشافعي قيل هذا بنا على ان الحر

لا يتزوج امة عبد طول الحرة ويجب على الاب اعفاف ابنه فيستغني
به عن نكاح الامة قال لكن هذا ليس بصحيح فانه لو تزوج امة غيره
صح النكاح اذا لم يكن في ملكه ما يتزوج به الحرة والاصح انها مسئلة
مبتداه قلت في صحة التزوج بامة الاجنبي خلاف عندهم وفي
المحلى جائز للوالد ان يتزوج بامة ولده التي لا تحل لولده وليس
للابن ان يتزوج بامة والده التي لا تحل لوالده استدل في المغني
بحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه صلى الله عليه وسلم قال انت
ومالك لابيك رواه ابن حنبل وعنه صلى الله عليه وسلم قال اطيب ما اكلتم
من كسبكم وان اموال اولادكم كسبكم فكلوه هنيا رواه البخاري قال ابن
قدامه ولانه لو ملك جزا منها لا يحل له نكاحها فاذا هي مضافة بجملتها
شرعا اولى بالتحريم قلت هذا ليس بشي وهو مغالطه واعتبار تملك جزو
منها باطل بنيانه ان بطلانه ان ملك جزا منها يحرم على مالك باقيها وطيها
وهنا اضافه الجملة الى الاب لا تحرم وطيها على الابن فبطل قياسه فضلا
عن دعوى الاولوية ولان من ملك جزا منها ثم اعتق ذلك الجزء صح والاب
الذي اضيفت الجملة اليه لا ينفذ اعتاقه لا في الكل ولا في الجزء ويحل
للابن وطيها وبيعها وهبتها وجميع التصرفات المختصة بالملك ولا
يصح من الاب شي من ذلك واللام في الحديث الاول للاختصاص لا للملك
ويدل عليه اضافته الى الابن في قوله ومالك والاينا قض ثم انه قد
بنا قض كلامه فانه قال لا يحل للاب وطي جارية ابنه ولا يحل للابن جارية
ابيه وقد اضافها الى الابن بجملتها فان كانت اضافة ملك ينبغي ان يحل
له وان لم تكن اضافة ملك ينبغي ان يجوز تزوجه بها ولا شك في ان الاضا
فة الى الاب ليست اضافة ملك والحديث الاول غير ثابت والحديث الثاني
ورد في الاكل نصا ويدل على صحة ما قلناه ما رواه الدارقطني من طرق
انه صلى الله عليه وسلم قال لا يعتق الرجل ما لا يملك فلما لم ينفذ اعتاق
الاب بجاريه ابنه دل على انه غير مالك لها فان ولدت منه لم تصر ام
ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه ملكه اخوه يعتق
عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه
ابو داود والنسائي والترمذي على ما ياتي ما فيه من الخلاف في كتاب
العتاق ان شا الله تعالى وفي المنهاج لو ملك الابن زوجة والده الذي لا

تحل له الامة لم ينفسخ في الاصح وليس له نكاح امة مكاتبه كقولنا فيهما
وخالف في المكاتب ملك زوجة سيده حيث ينفسخ النكاح في الاصح وعلى
هذا الخلاف العبد تزوج ام سيدته عندنا يجوز وعند اهل الحجاز لا
يجوز كسيدته وقال ابن حزم يجوز للعبد نكاح امة سيدته وسيده
وبنت سيده واخته ولا يحل لمن منع من ذلك حجة الا انه قال يرثها
وترثه وينفسخ النكاح بمكان ما دلو قد تشتريه ويشتريها ولا فرق
قوله واذا كانت حرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني
بالف ففعل فسد النكاح اي انفسخ وهو قول الشافعي وقال زفر لا
يفسد واصله ان العتق يقع عن الامراة التي هي السايله عندنا وعنده
للمامور والاعتاق عنه وفي المدونه اعتق عبده عن امراة حرة مولاه
ولا ينفسخ النكاح لانها لم تملكه ولو دفعت مالا لسيد زوجها على ان
اعتقه عنها انفسخ النكاح وذلك اشترا الرقبة وولاوه لها وقال
اشهب لا ينفسخ نكاحها لانها لم تملكه قلت وعندهم يجوز الاعتاق
عن الغير وجعل ولايه له والاصل عندنا ان الملك يثبت للزوجة
بطريق الاقتضا تصحيحا لقول البالغه كانها قالت ملكني عبدك
بالف ثم كن وكيلي في الاعتاق عني ولو صرحت بذلك ثبت الملك بالقا
سابقا على الاعتاق كذلك هاهنا فاذا ملكت انفسخ النكاح ضرورة
وزفر لا يقول بالاقتضا الا في مسلتين احداهما الوارث نصب
ابيه تعديل المثل تصحيحا للوصية والثانيه لو قال ان تسريت بجاريه
فهي حرة تعذر الملك كانه قال ان ملكت فتسريت وكل منا خالف
اصله فيهما وفي اصول الفقه لشمس الايمة السرخسي ان المقتضى
عبارة عن زيادة عن المنطوق به يتقدمه عليه ليصير المنطوق به
مفيدا او موجبا للحكم وبدونه لا يمكن العمل بالكلام المنطوق به وهو
بمنزلة دلالة النص لا بمنزلة القياس الا ان دلالة النص اقوى لان
المعنى فيها ثابت لغة بخلاف المقتضى والملك في مسلة الكتاب يثبت
شرطا للعتق عن الامر لا شرطا للبيع مقصودا حتى يسقط فيه
اعتبار القبول ولو كان الامر لا يملك الاعتاق كالعبد والمكاتب
والصبي والمعتوه لم يثبت البيع بهذا الكلام قال ولو صرح المامور
بالبيع بان قال بعت منك بالف واعتقه عنك لم يجز عن الامر وبه

يتبين

يتبين انه ليس كالمنصوص عليه فيما وراء موضع الحاجة ومثاله قول النحاة
في النداء اذا قال القايل يا زيد كان معناه ادعوك او انا داعيك ولهذا
كان كلاما لانه جملة فعليه وبني لوقوعه موقع كاف ولو صرح بذلك
خرج عن النداء لانه يصير جملة خبريه والنداء انشا وكذا في التعجب
في قولك ما احسن زيدا يقدرون شيا جعله حسنا ولو صرح
بذلك خرج عن التعجب وهو انشا الى الجملة الخبريه وهو خالف
ما ذكره قاضي خان قبل هذا قال ومنهم من الحق المحذوف بالمقتضى
وجعله منه كقوله تعالى واسال القريه قال والمراد بها
اهلها ثبت ذلك بمقتضى الكلام لان السوال للبشر وانما ينصرف
الى من يتحقق منه البيان ليكون مفيدا والصحيح انه من باب
الحذف لا من باب الاقتصار على هذا قوله صلى الله عليه وسلم رفع
عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه ولم يرد به عين
ذلك لانه غير مرفوع بل ذلك واقع فعلم ان المراد بذلك بمقتضى
الكلام الحكم والاثم وهما جميعا فالشافعي اثبت للمقتضى عموما
وعندنا لا عموم له وعلى هذا قال لا يقع الطلاق المخطي بالناسي
والمكره ولا يفسد صومهم وعندنا ماله عموم لان دلالته
ضروريه للحاجة والثابت للضرورة يتقدر بقدرها وقد اريد
به رفع الاثم بالاجماع فلا يراد غيره ولان الاجماع على عدم
رفع الحكم في الاتلافات فلا يمكن حمله على نفي الحكم على سبيل العموم
والصواب ان قوله رفع عن امتي الخطا من باب الحذف والاضمار
لا من باب الاقتصار فكان تقدير الحكم والاثم من باب الاشتراك
والمشترك لا عموم له فكذا قوله صلى الله عليه وسلم الاعمال
بالنيات والاضمار والحذف اختصار وهو من باب اللغة كالنطق
وله عموم على ما ياتي في كتاب الطلاق ان شا الله تعالى والمعروف
لهما ان في الحذف ينتقل الحكم من المنطوق الى المحذوف وفي المقتضى
لا ينتقل من المقتضي شي بل يتقدر قبله ما يصححه وهو نظير
تناول الميته لما ابيح للحاجة والضرورة في حال المخمصة يتقدر
بقدر الضرورة وهو سد الرمق وفيما وراه من الحمل والتناول
الى الشبع لا يثبت حكم الاباحه فيه بخلاف المنصوص فانه عامل

بنفسه فيكون بمنزلة حل الذكية فيظهر في حكم التناول والحمل وغيرهما مطلقا والمضمر كالمنطوق في العموم وعدم الضرورة وفي قاضيخان فاذا ثبت الملك فسد النكاح ضرورة ولا يقال لو فسد النكاح انما يفسد ان لو ثبت الحل بملك اليمين لاستثنائه عن ملك النكاح وذلك لا يثبت هنا لوجهين احدهما ان الحل لا يثبت لها في مملوكها والثاني ان الملك يثبت فيه ضرورة تصحيح الاعتاق بالاقتضا فوجب ان لا يظهر في حق فساد النكاح ويدل عليه ما ذكر في الزيادات ان من كان تحته امة فتزوج عليها حرة باذن مولاها ملكها وعليه قيمتها ويصير مستقرضا لها ضمنا ولا يفسد نكاحها وكذا لو اشترى زوجته بطريق الوكالة يثبت الملك له اولا ولا يفسد نكاحه وعلى هذا قوله ان تسريت بجارية فهي حرة يصير الملك مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزا وهو الحرية وكذا لو قال لاجنبية ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فتبين ان الملك انما يظهر في تصحيح الشرط لا في حق نزول الجزا وفي الذخيرة لو قال لاجنبية ان طلقتك فانت طالق ثلثا لا ينعقد اليمين الا ان يقول فعبدي حر وهو في ملكه قال لانا نقول انما يفسد النكاح لمكان التنافي والمتنافيات لا يجتمعان والمنافي شرعا كالمنافي عقلا والعتق لا يكون الا في ملك مستقر مطلق لان الملك الثابت من وجه دون وجه الا ترى انه من قال لامة تحته ان اشتريتك فانت حرة فاشتراها عتقت وفسد نكاحها لان الملك الذي يترتب عليه العتق وثبوت الولا لها يفسد النكاح لما قلنا واما مسئلة الزيادات فلان الزوج لا يملكها بالاستقراض لانه ابتغضها اولا ان ملكه ضروري غير مستقر لانتقاله الى الحرة بالصداق ولو قالت اعتقه عني ولم تسم لم يفسد النكاح والولا للمعتق عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي هو والاول سوا لانه تقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط القبض كما يسقط القبول في البيع المقدر بل اولى لان القبول في البيع ركن والقبض شرط فلما سقط اعتبار القبول الذي هو الركن في البيع لكونه ثابتا

بمقتضى

بمقتضى العتق فلان يسقط اعتبار ما هو الشرط اولى ولهذا لو قال اعتق عبدك عني بالف ورطل من خمر يقع العتق عن الامر وكذا لو اكره المامور على ان يعتق عبده عنه بالف يقع العتق عن الامر وبيع المكره فاسد والقبض شرط لثبوت الملك للمشتري في البيع الفاسد ثم سقط اعتباره اذا كان بمقتضى العقد فصار كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ومذهب الشافعي ذكره في التنبيه في كتاب العتق ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضا لانه فعل حسي والقبض في البيع الفاسد ليس منصوصا عليه لافادة الملك فجاز سقوطه وفي مسئلة الكفارة الفقير نائب في القبض عن الامر اما العبد فلا يقع في يده شي لثبوت عنها لانه ازالة الملك وقال الشيخ رحمه الله يقول في تعليل قولهما ولا عند الاول يحتمل ان يعتقد هبة ويحتمل ان يعتقد بيعا فاسدا لعدم ذكر الثمن وليس البعض اولى من البعض فوقعت الجهالة في التقدير والله اعلم

باب نكاح اهل الشرك

اعلم ان انكحة المشركين صحيحة عند الائمة الثلاثة واصحابهم سوا كانوا من اهل الكتاب او من غير اهل الكتاب وقال مالك في المشهور عنه فاسدة لكن اذا اسلموا صح الاسلام منها ما يصح ابتداء عقده عليها ولو طلقها ثلثا ثم اسلما فله ان يقيم على نكاحها ذكره في الجواهر وفي الذخيرة المالكية انكحتهم فاسدة يصححها الاسلام كدبغ جلد الميتة وكذا عقودهم فاسدة ويصححها الاسلام وفي الجواهر ويقرهم على ما هو فاسد عندهم وعند الائمة عقودهم صحيحة وفي الذخيرة المالكية قولنا انكحة الكفار فاسدة مشكل فان ولاية الكافر على الكافرة صحيحة والشهادة عندنا ليست شرطا في العقد ولو قلنا انها شرط فاذا عقدها جماعة المسلمين ينبغي ان يصح ولو فقد اصدقتهم قد يقع بما حل فكذا انكحة العامة واهل البادية والجبابرة من المسلمين ومن تزوج على خمر وخنزير او ميتة مع ان فساد المهر لا يفسد النكاح بل ينبغي ان يفصل ويقال ما

صادف الشروط المصححة للنكاح فهو صحيح أسلموا أو لم يسلموا وما لم
يصادفها فهو فاسد قصدوا ام لا انتهى كلام الشيخ شهاب
الدين القرافي أخبرني رضي الله عنه في النوم حكى هذا السؤال
في كتابه عن بعض المالكية وعن عروة عن عائشة رضي الله عنها
انها اخبرته ان النكاح كان في الجاهلية كان على اربعة انحاء
فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل الى الرجل وليته او ابنته
فيصدقها ثم ينكحها ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته اذا طهرت
من طمثها ارسلي الى فلان فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها
حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه فاذا تبين
حملها اصابها زوجها اذا احب وانما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد
فكان النكاح يسمى نكاح الاستبضاع ونكاح آخر يجتمع الرهط
دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيبونها فاذا حملت
ووضعت ومر ليال بعد وضعها ارسلت اليهم فلم يستطع رجل
منهم ان يمتنع حتى يجتمعوا عندها فتقول لهم قد عرفتم الذي
كان من امركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان فتسمي من احبت باسمه
فيلحق به ولدها لا يستطيع الرجل ان يمتنع منه ونكاح آخر
يجتمع الناس الكثير على المرأة ولا تمتنع ممن جاءها وهن البغايا
ينصبن على ابوابهن الرايات ويكون علما لمن ارادهن دخل
عليهن فاذا حملت احداهن ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا
لها القافة ثم الحقوا ولدها بالذي يرون فالتاط له اى التصديق
به ودعي ابنه لا يمتنع من ذلك فلما بعث الله محمدا صلى الله عليه
وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية كله الا نكاح الناس اليوم
رواه البخاري وابو داود وروى ابو الفرج في التحقيق عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال وخرجت من نكاح غير سفاح
رواه عن عائشة وانقلاب النكاح الباطل صحيحا بالاسلام
لا يعقل وفي ذلك نسبة ولادة الانبياء الى الانكحة الفاسدة
من غير ان تنقلب صحيحة عنده اذا اصحابها لم يسلموا وبعد
هذا القول لا يخفى وبالله سبحانه التوفيق وفي البسيط وحكم
فساد انكحتهم وان كان مشهورا فهو باطل قطعا فانا نقررهم
عليها بعد الاسلام فالتعرض للحكم بالفساد اطلاقا مبينا فصار

كيف

كيف وقد اثبت الشافعي التحليل بوطء الذمي مع ان الاصح انه لا
يحصل التحليل بالوطء في النكاح الفاسد ويحصل للذمي الاحصان
بالوطء وهذا لهو الذي يوقع طلاقهم ولا يتجاسر عليه قلت
قد تجاسر الحسن البصري وقتادة وربيعة الرأي ومالك وقالوا
ليس طلاقهم بطلاق لكن عندنا طلاقهم واقع لصحة انكحتهم
وهو قول عطاء بن ابي رباح والشعبي والنخعي والزهري وحماد
وسفيان الثوري والاوزاعي والشافعي وابن حنبل ذكره
ابن المنذر في الاشراف وقال وهو الاصح وهو قول جمهور اهل
العلم قوله واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة
كافر آخر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي
حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض
لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد
في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر
وفي المحيط كل نكاح جائز بين المسلمين فهو جائز بين اهل الذمة
وكل نكاح حرم فيما بين المسلمين لفقد شرطه كالنكاح
بغير شهود والنكاح في عدة الكافر يجوز في حقهم اذا كانوا
يجوزونه عند ابي حنيفة ويقران عليه بعد الاسلام لزفر
ان الخطاب عام وقد التزموا احكامنا بعقد الذمة هكذا في
المحيط وقوله التزموا احكامنا غير ظاهر فانهم قالوا ان الخمر
في حقهم كالعصير في حقنا والخنزير كالشاة ولو كانوا التزموا
احكامنا ينبغي ان يفسخ البيع الذي جرى بينهم في الخمر
والخنزير بعد الاسلام لوقوعه فاسدا وقد قالوا ان الذمي
اذا باع الخمر والخنزير ولمسلم عليه دين يجوز له ان يأخذ دينه
من ثمنهما وان كان ثمن الخمر والخنزير لا يحل للمسلم والاقتصار
على تناول الخطاب لهم اقرب في التعليل ولنا ان الشهادة في
النكاح مختلف فيها والخلاف في النكاح في مدة العدة بناء على
ان العدة لا تجب على اهل الذمة عنده حتى لا يثبت له الرجعة
عنده اذا طلقها بعد الدخول ولا يثبت نسب ولدها منه
لان ما للكفارة حرم بدليل انها لا تتزوج اذا كانت حاملا ولو له

ان ماوه غير محدم في حقنا كنفسه هكذا في المحيط قلت اما نفسه
محرمة لا يجوز اهانتها بغير مستند ولا التعريض اليها كالمسلم
ولهذا اوجبنا القصاص على المسلم بقتله وديته كدية المسلم
روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال انما بذلوا الجزية لتكون
اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا وكل نكاح حرم لحرمة
المحل كنكاح المحارم والجمع بين الخمس والاختين لا يجوز عندهما
واختلفوا عنده قال صاحب المحيط فان مشايخنا قالوا يقع
جايزا الا انه جايز في معتقدهم وقال مشايخ العراق يقع فاسدا
لا يتوارثان بنكاح المحارم لانه لم يكن سببا للميراث في شريعة
ادم عليه السلام فلا اعتبار لادبانهم اذا لم يعتقد شريعة فاذا
اسلم احدهما يفرق بينهما بالاسلام وفي قنية المنية مجوسي
اسلم وتحته اخته تبين بدون تفريق القاضي لانه وقع
فاسدا عندهما وان وقع جايزا عنده على قول بعض المشايخ
الا انه فسد لقيام المحرمية بعد الاسلام اذ طريان المحرمية
على النكاح الصحيح يفسده كالمقارن وفي الكتاب على انهما ان
نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح
بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلاف
وقد ذكرنا ضعف هذا التعليل ولابي حنيفة ان الحرمة يمكن
اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى
ايجاب العدة حقا للزوج بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقد
حقوق الشرع فاذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة
البقا والشهادة ليست فيها شرطا وكذا وجوب العدة في
حالة البقا لا ينافي النكاح وكذا بقا العدة بعد صحة النكاح
لا ينافيه لان البقا اسهل كالمنكوحة اذا وطيت بشبهة وفي الذخيرة
تزوج منكوحة الغير وهو لا يعلم لا تجب العدة بالوطي حتى
لا يحرم على الزوج وطيها وبه يفتى ذكره خواهر زاده وفي الجامع
اذا وطيها الثاني لم يقرب بعلها الاول حتى تنقضي عدتها للوطي
بشبهة في باب النكاح الذي يقام عليه البينة وفي الفتاوى ان دخل
بها ولم يعلم انها منكوحة الغير تجب العدة وان علم فلا عدة عليها

وفي

وفي جوامع الفقه احكام الاسلام جارية على اهل الذمة من استحقاق
النفقة وعدته والتوارث بالنكاح الصحيح وخيار البلوغ ثم
والنكاح بغير شهود صحيح عندهم فان تزوج المجوسي امه او ابنته
ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما
بينهم عندهما كما ذكرنا عنهما في العدة ووجب التعرض بالاسلام
فيفرق لانه لا يجوز بقا وهما عليه كما لا يجوز ابتداوه بينهما
بعد الاسلام بخلاف عبده وفي المغني انكحة الكفار صحيحة يقرون
عليها اذا اسلموا او ترافعوا الينا اذا كانت الزوجة ممن يجوز
للزوج ابتدا العقد عليها ولا يعتبر شروط انكحة المسلمين
من الشهود والايجاب ما لم يكن بينهما نسب ورضاع وقد
اسلم خلق من الكفار فاقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على
انكحتهم وذلك بالتواتر وتقل المجوسية والوثنية والمرتدة
والمطلقة ثلثا والمعتدة في حال عدتها ثم باسلام احدهما
يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما
وبمرافعتهما يفرق بالاتفاق وفي جوامع الفقه ونكاح المحارم
والمطلقة ثلثا غير صحيح لكن لا يتعرض اليهم ما لم يترافعا جميعا
وقال ابو يوسف اذا علم القاضي يفسخه من غير مرافعة واذا اسلما
يفرق بلا خلاف ويجوز التحكيم واذا اختلفت مللهم ولا اعتبار
للكفارة بينهم وفي المحيط لو طلبت المطلقة ثلثا التفريق يفرق
بينهما بالاجماع لانه لا يتضمن ابطال حق الزوج وكذا في الجوامع
وعدة المسلم لو كانت كتابية وكذا لو تزوجها قبل زوج اخر
في المطلقة ثلثا وفي المبسوط على قولنا يجب الحكم لو فاذا استعدى
خصمه ولم يرض بالحكم الحكم عليهم فانا انما نحكم عليهم اذا رضوا
بحكمنا وان قلنا لا يجب الحكم علينا الا يجب اعادة المستعدي ولا
خلاف في جواز الحكم عليهم وعندنا يجب الحكم اذا ترافعوا الينا وعنهم
عند مرافعتهما الحسن والشعبي ومالك وعن ابن عباس ان اية نسخت
من المائدة اية التلاوة وقوله فاحكم بينهم او اعرض عنهم فكان
رسول الله صلى الله عليه وسلم مخيرا ان شا حكم بينهم او اعرض عنهم
وردهم الى احكامهم حتى نزلت وان احكم بينهم بما انزل الله وروي

ذلك عن مجاهد وعكرمة ويدل على نسخ التخيير قوله تعالى ومن لم يحكم بما
انزل الله فاولئك هم الكافرون الآيات ولم ينقل احد ان قوله ومن لم
يحكم بما انزل الله منسوخ الا شيء روي عن مجاهد انه قال نسخت اية
التخيير التي قبلها وقيل كان التخيير قبل عقد الذمة والامر بالحكم
بعد عقد الذمة لالتزامهم بعض احكام الاسلام حتى قال اصحابنا
يحملون في البيوع والمواريث وسائر العقود على احكام الاسلام
كالمسلمين الا في بيع الخمر والخنزير فانه جائز عندهم يقرون عليه
وذلك لانا لم نوجب على مستهلك الخمر والخنزير ضمانهما قال
الشيخ ابو بكر ولا نعلم فيه خلافا بين الفقهاء في ان مستهلك
لذمي خمرا عليه قيمتها وان عند الشافعي لا يضمنها للذمي ولو
ترافعا جميعا حكم بينهما بشرعنا وقال محمد اذا طلب احدهما
حملا جميعا الى احكامنا الا في النكاح بغير شهود فان الخيرة اذا
تراضوا به وقال ابو يوسف يحملون على احكامنا وان ابوا الا في
النكاح بغير شهود وقول ابي يوسف يرده اخذ رسول الله صلى
الله عليه وسلم الجزية من مجوس هجر مع علمه انهم يتزوجون
بمحارمهم ولم يفرق بينهم ذكر ذلك كله الشيخ ابو بكر الرازي
في احكام القرآن له وفي المصفى لو طلب احدهما التفريق في النكاح
الفاسد من القاضي كنكاح المحارم والجمع بين الاختين ولا يفرق
ويقضي بالنفقة ولا يسقط احصانه بالدخول حتى لو اسلم
بعد ذلك ثم قذفه انسان يحد قاذفه اما لا يثبت الارث بهذا
النكاح بالاجماع وعندهما يفرق بطلب احدهما ولا يقضى
بالنفقة ويسقط احصانه بالدخول فيه حتى لا يحد قاذفه
اذا اسلم ثم قذفه بعد اسلامه وفي الحواشي في جواب ابي حنيفة
الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد المبلغ لا في حق المكذب
وهذه النكتة اشارة الى ان العدة لم تجب عند ابي حنيفة
وقال بعضهم ان العدة تثبت لكن لضعفها لا يمنع جواز
النكاح كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة تجب العدة ولا يرفع
النكاح لضعفها ولو ترافعا يفرق بالاجماع لتحكيمهما وكذا
باسلام احدهما اذ اسلام احدهما لا يعارضه اصرار الاخر على

الكفر

الكفر قال لان الاسلام يعلو ولا يعلى قلت بل الاسلام يعلو ويعلى
وانما لا يعلى عليه قوله ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة
ولا كافرة اي اصلية ولا مرتدة وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر
وفي المغني والمرتدة يحرم نكاحها على اي دين كانت لانه لا يثبت لها
حكم اهل الدين الذي انتقلت اليه في اقرارها عليه ففي حلها اولى اما
المرتد فلانه مستحق القتل والامهال ضرورة التامل والنكاح
يشغله عنه فلا يشرع في حقه والمرتدة محبوسة للتامل وخدمة
الزوج يشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح شرع
لمصالحه هكذا في الكتاب ويرد على التعليل الثاني مستحق القتل
قصاصا فانه يجوز له التزوج واجاب بان العفو مندوب اليه
والمرتد لا يرجى غالبا اذ قد ارتد بعد اطلاعه على محاسنه فيكون
عن شبهة قوية عنده ويرد عليه ما لو قال لاجنبية ان تزوجتك
فانت طالق ثلاثا فان هذا النكاح غير مستقر ولا ينتظم به المصالح
لانه يقع به الطلاق الثلاث عقيب النكاح وثبوت النسب
مشترك وفي المبسوط لان النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فانه
ترك ما كان عليه وهو غير مقر على ما اعتقده ولانه لما كان مستحق
القتل وانما اخر للتامل صار كانه لا حياة فيه حكما والوثني
والوثنية لا ملة لهما واذا تزوجها ثم اسلما اقرا على نكاحهما ولو
تهود نصراني او تنصر يهودي اقر عليه ويجوز له بان يتزوج
بها ابتداء لانه من اهل الكتاب ولم يجب قتله وليس بمرتد لان
من ترك ملة الاسلام وفي المحيط يجوز للنصراني ان يتزوج يهودية
او مجوسية وكذا المجوسي لو تزوج نصرانية او يهودية
والكفر كله ملة والولد كتابي وفي الجواهر الكفر ثلاثة اصناف
الكتابيون تحل نساؤهم ويقرون بالجزية والمعطلة والزنادقة
لا تحل مناكحتهم ولا يقرون والمجوس لا تحل نساؤهم ويقرون بالجزية
وقيل تحل نساؤهم ولو تهود نصراني او تنصر يهودي وفي
رواية يقتل الا ان يسلم ولو تزندق يهودي او نصراني قال اصبغ
لا يقتل وهو قول مالك ومطرف وابن عبد الحكم وقال ابن الما
جشون يقتل وفي البسيط الكفر ثلاثة اصناف اهل الكتاب وهم

اليهود والنصارى فتحل مناكحتهم وذبحتهم وحرمته الامامية والصنف
الثاني عبدة الاوثان والدهرية والسار والترك والمرتدة لا تحل
مناكحتهم ولا ذبحتهم والصنف الثالث المجوس يسلك بهم مسلك اهل
الكتاب في الجزية ولا تحل مناكحتهم ولا ذبحتهم في المسلك الصحيح
وجوزه لك ابو ثور والشافعي في قول ومالك في قول وان تهود نصراني
او تنصر يهودي فالاصح عدم اقراره قلنا رده النصراني الى النصرانية
غير مستقيم لانه رده من التوحيد الى التثليث ولا فايدة في الرد من
كفر الى كفر لان الكفر كله ملة واحدة عندنا وعندهم وعن ابن حنبل في
تنصر اليهودي وتهود النصراني روايتان والمجوسي اذا انتقل الى
دين لا يقر اهله عليه بالجزية لم يقر عليه وان انتقل الى دين اهل الكتاب
ففيه روايتان والمراة كالرجل في ذلك وعن ابن حنبل ثلث روايات
احدها لا يقبل منه الا الاسلام لانه قد اقر ببطلان دينه الاول قلت
يحتمل ان يكون راى الثاني اولى ولم يقر ببطلانه والثانية لا يقبل منه
الا الاسلام والدين الذي كان عليه والثالثة يقبل منه احد ثلثة اشيا
الاسلام والدين او دين تقر اهله عليه قوله واذا كان لاحد الزوجين
مسلما فالولد على دينه وكذا اذا اسلم احدهما صار ولده مسلما باسلامه
وفي الينابيع يريد به اذا كان الصغير مع من اسلم في دار واحدة او كان
الصغير في دار الاسلام ومن اسلم منهما في دار الحرب والصغير في دار
الحرب لا يصير مسلما وكذا ذكره في شرح الكتاب وفي الذخيرة المالكية
الولد يتبع الاب في الدين والحرية والام في الرق والحرية وقيل يتبع
خير الابوين دينا وهو قول الجماعة وفي كتاب اخبار قضاة مصر
لابن زولاق ان نصرانية اسلمت ولها ولد طفل ولم يسلم ابوه ومات
فقال ابو عبيد القاضي وكان يفتي على مذهب ابي ثور انما يكون
مسلما باسلام ابيه دون امه فضج الناس وكثر الضجيج فتقدم اليه
رجلان صالحان فقالا ايها القاضي هذا الطفل يكون مسلما او على دين
ابيه فقال ابو عبيد القاضي ابن ابوه فقالوا مات فقال شاهدين
عدلين انه مات نصرانيا والا فهو مسلم فشكروه فقالوا استرتنا
القاضي بعلمه وفهمه وعند ابي ثور لا يحكم باسلامه الا تبعا لابيه وهو
قول مالك وفي جعله مسلما لاحدهما نظر له ولان الاسلام يعلو ولا

يعلى عليه ولو كان احد الزوجين كتابيا والاخر مجوسيا حتى يجوز للمسلم
مناكحته وحل له ذبيحته فكان فيه نظرا للصغير قال اذا المجوسية ا
شر ولم يقل ان الكتابية خير اذ لا خير في المجوسية ولا الكتابية والخير
والشر افعل التفضيل حذفت همزتها بغير اعلال ومنهم من اطلق
في ذلك وفي الوبرية وقيل شرهما في الحل والحرمة قال والشافعي خالفنا
فيه للتعارض وفي الرافعي يتبع الاب اذا كان مجوسيا وان كانت الام
مجوسية فقولان وفي البسيط في المتولد بين اليهودي والمجوسي
قولان احدهما التحريم والثاني وهو الاصح النظر الى الاب وتغليب
جانب النسب وعند احمد ابن حنبل لا تحل وجها مسلم ذكره في المغني
قلنا لم ننظر الى جانب النسب اذا كانت الام مسلمة لمصلحة الصغير
فكذا ههنا لما ذكرنا من المصلحة له واذا اسلمت المراة وزوجها
كافر عرض عليه الاسلام فان اسلم فهي امراته وان ابى فرق القاضي
بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وان اسلم الزوج وتحته
مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امراته وان ابت
فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف لا يكون
الفرقة طلاقا في الوجهين وفي الجواهر ان اسلم الزوج تقرر
الكتابية على نكاحها ويعرض على غيرها الاسلام فان ابت وقعت
الفرقة قبل الدخول وبعده وقال اشهب تعجل الفرقة قبل
الدخول كقول الشافعي واحمد وينتظر فراغ العدة بعده
كقولهما وان اسلمت المراة تقف على انقضاء عدتها وفي التمهيد
قال مالك ان اسلم قبل انقضايها في غيبته فان نكحت قبل ان يقدم
او بلغها اسلامه فلا سبيل له اليها وان ادركها قبل ان تنكح
فهو احق بها وقال ابن قدامة عنه يعرض عليها الاسلام ان كانت
حاضرة وان كانت غايبة تعجلت الفرقة وفي المغني عن احمد روايتان
في اعتبار العدة احداهما هو احق قبل انقضاء عدتها وهو قول
محمد ابن الحسن وغلط في نقله عنه والرواية الثانية تعجل الفرقة
واختارها الخلال وصاحبه ابو بكر وهو قول طاوس وعكرمة
وقتادة والحكم وعمر بن عبد العزيز وروي عن ابن عباس ونص ابن
المنذر في الاشراف ومذهب عمر ابن الخطاب ذكره الحافظ ابو جعفر

الطحاوي وابو بكر ابن العربي وبه قال الحسن وجابر بن زيد وقتادة ثم
ذكر ابو بكر ابن ابي شيبة وقال ابن المنذر وهو قول الزهري والثوري
قال واجمع اهل العلم على ان الكتابيين لو اسلم الزوج منهما انهما على
نكاحهما وكذا لو اسلما معا ولو اسلمت وزوجها نصراني او يهودي
قال مالك والشافعي واسحق ان اسلم قبل انقضاء عدتها فهما على نكاحهما
وعن علي ابن ابي طالب هو احق ان اسلم ما دامت في دار هجرتها وفي
مصنف ابي بكر ابن ابي شيبة هو احق ببضعها عن علي لان له عهدا
وعن الشعبي هو احق بها ما كانت في المصر وعن ابراهيم يقران على نكاحهما
وعن الحكم ابن هاني ابن قبيصة كان نصرانيا عنده اربع نسوة فاسلموا
فكتب عمر ان يقرون عنده وعن عمر ان نصرانية اسلمت تحت نصراني
تخيرها وفي الذخيرة سواء كانت صغيرة او كبيرة عاقلة ثم التفريق في
هذين الفصلين اذا كان الزوج صغيرا وكانت المراة صغيرة قولهما
لان ردتهما عن الاسلام صحيحة عندهما وانه ان كان بعد الاقرار
فاولى ان يصح اباوهما وانه امتناع عن القبول فاما على قول ابي
يوسف فقد اختلف المشايخ فيه منهم من لم يصح اباوها وسوا بين
الاباء والردة حتى انه لم يفرق بينهما ومنهم من صحح اباوه وفرق بين
الاباء والردة على قوله فعلى قوله هو لا يفرق باباءهما وجه قول من
قال بالتفرقة بين الدخول وعدمه ان النكاح قبل الدخول
متاكد كالبيع قبل القبض فينقطع بنفس الاسلام وبعده متاكد
فيتاجل الى مضي ثلث حيض يعني مضي عدتها بالاطهار على اصلنا
من اعتبرها بها وبالحيض ولا يعرض الاسلام عليه لانه يعرض
اليوم وصار كالطلاق ودار الحرب وتعلقوا بما رواه ابن شهاب انه
قال لم يبلغنا ان امراة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وزوجها كافر مقيم على الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين
زوجها الا ان يقدم زوجها مهاجرا قبل انقضاء عدتها قال
ابو عمر ابن عبد البر هذا لا يتصل من وجه صحيح وليس في الباب مسند
حسن الاسناد الا حديث عكرمة عن ابن عباس ان رجلا جاء مسلما على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءت امراته مسلمة فقال يا رسول الله
انها كانت قد اسلمت معي فردها عليه وقيل انها كانت تزوجت فانتزعها

رسول الله صلى الله عليه وسلم من زوجها وردها الى زوجها الاول ذكره ابو عمر
في التمهيد وفيه ان ابا سفيان ابن حرب وحكيم ابن حزام اسلما ثم اسلمت
زوجتاهما فاقرت كل واحدة عند زوجها بالنكاح الاول وذلك قبل
انقضاء عدتهما واسلمت امراة صفوان ابن امية ثم اسلم صفوان قال
ابن شهاب وكان من اسلامها واسلامه نحو من شهر فكان استقرارهن
قبل انقضاء عدتهن وجه قول ابي يوسف ان الفرقة حصلت بسبب
يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك والفرقة
بالبلوغ وهو قول الشافعي واحمد ابن حنبل ومذهب المدونة وقال
ابن المواز وقال ابن القاسم في العتبية هي طلقة بائنة كقولهما ولنا
على الايمة الثلثة ان ام حكيم بنت الحرث ابن هشام اسلمت وكانت تحت
عكرمة ابن ابي جهل وكان اسلامها يوم الفتح وهرب زوجها الى
اليمن من الاسلام فارتحلت ام حكيم زوجته اليه فدعته الى الاسلام
فاسلم ثم قدم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح وثبتا على
نكاحهما ولم يسالها رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بقاء عدتها ولا
عن انقضائها قال ابو المعالي وترك الاستفصال في حكايات الاحوال
مع الاحتمال فثبت انه لا فرق في ذلك بين انقضاء عدتها وعدم انقضا
يها وقال ابو جعفر الطحاوي وابو بكر ابن العربي في العارضة ان
عمر ابن الخطاب فرق بين نصراني ونصرانية اسلمت باباءه عن الاسلام
وما رواه عن الزهري من عدم البلاغات ليس بحجة فكيف عدتها
ولو كانت حجة فليست هنا هي حجة لان في ذلك اقرارهما على نكاحهما
قبل انقضاء العدة ولا يدل عدمه بعده اذ ذلك حكاية حال
اوليك وقال الكساي حكمه كان بين الصحابة فكان اجماعا ولان
بالاسلام لا يبقى مقاصد النكاح بينهما وهي الملك والازدواج
وقضاء الشهوة والتوالد والتناسل وغيرها فلا بد من سبب
ينبني عليه فوات ذلك والاسلام طاعة وعبادة وسبب لثبوت
العصمة لا لانقطاعها فيعرض عليه الاسلام لمصلحته من غير الزام
لتحصيل تلك المقاصد بالاسلام او الفرقة بالاباء عن الاسلام
فانه معصية تناسب زوال العصمة ثم ان مذهبهم على خلاف
المعهود في الشرع لانهم يقولون ان اسلم قبل انقضاء عدتها

بقيا على نكاحهما من غير تجديد العقد فلم يحصل بإسلامهما قبل إسلامه
فرقة بطلاق ولا فسخ فإذا حاضت بعد إسلامها ثلاث حيض انقضت
عدتها فيحل لها التزوج به إن أسلم وبغيره فكيف يعتبر انقضاء عدة
من غير طلاق ولا فسخ مع أنه ليس على ارتكابه دليل سمعي يقوم به
التمسك قال أبو جعفر العدة تجب بعد ارتفاع النكاح لا مع بقائه
وقال أبو عمر لو ارتفع لما عرض الإسلام على الباقي منهما معا وقد
أجمعوا عليه على الفور لكن يعرض لاستمرار البقاء إن أسلم ولا تجب
العدة ولهما على أبي يوسف بإبائه امتنع عن الإمساك بالمعروف
مع قدرته بالإسلام عليه فينوب الحاكم منابه في التسريح بالإحسان
كما في الجب والعنة وأما المرأة فليست من أهل الطلاق فلا ينوب القاضي
منابها فيه عند إبائها الإسلام ثم إذا فرق بينهما بإبائها فلها المهر
إن كان دخل بها لما عرف وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها لأن الفرقة
جاءت من قبلها قبل الدخول فأشبه الردة والمطاوعة قبل الدخول
وبعده وفي مصنف أبي بكر ابن أبي شيبة لا صداق لها قبل الدخول
عن ابن عباس والحسن والزهري والأوزاعي وابن شبرمة وعثمان
البتي ومالك والشافعي وابن حنبل وإسحق وعن الثوري وقتادة لها نصف
الصداق **قوله** وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر
أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلاث حيض
ثم تبين من زوجها لأن الإسلام عاصم لا يصلح سببا للفرقة والعرض على
الإسلام متعذر لعدم الولاية على من في دار الحرب ولا بد للفرقة من
سبب دفعا للفساد فأقمنا شرطها وهو مضي ثلاث حيض مقام السبب
الذي هو الإباءة كما في حفر البئر بالتعدي وهو شرط الوقوع أقيم
مقام الواقع فيها ونقله في حق وجوب الضمان على الحافر لتعذر الإضافة
إلى العلة ولكن ثلاث حيض أثر في الجملة كما في الطلاق الرجعي فإنه لا يزيل
ملك النكاح بنفسه ويحل وطيها قبل انقضاء العدة ويجري فيه
التوارث بينهما في العدة إجماعا وكذا إسلام أحدهما لا يزيل الملك
فإذا مضت ثلاث حيض من وقت الإسلام فالآن نحكم بالبينونة ولا اعتبار
لتلك الحيض في العدة لأن البينونة تقع بعدها والنسل لا يسبق
المطر فيستوي فيه المدخول بها وغير المدخول بها ثم ينظران

كان

كان قبل إبائه لا إلى عدة وبعد الدخول إن كانت حربية والزوج هو
الذي أسلم فكذلك لا عدة عليها لأن حكم الإسلام لا يثبت فيها وإن
كانت هي المسلمة والزوج كافر فكذلك لا عدة عليها عند أبي حنيفة
والمسألة تأتي عن قريب إن شاء الله تعالى والشافعي فيفصل على ما مر في دار
الإسلام وتنقضي به العدة عنده وقد تقدم وحكم مضي الحيض حكم
العرض فيكون طلاقا وعند أبي يوسف فسخ وهو رواية عنهما وإذا
خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلما وقعت الفرقة بينهما
خلافا للأئمة الثلاثة وإن سبي أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما
وإن سبيا معا لم تقع وعند الأكثر تقع فيهما وخلافهم في الأول إذا
إذا لم تكن مراغمة لزوجها وإن كانت مراغمة له وقعت الفرقة بينهما
بالإجماع عندهم لقصدها المراغمة والاستيلاء على حق الزوج كعبيد
أهل الحرب إذا خرجوا إلينا مسلمين عتقوا فالحاصل أن السبب هو
تباين الدارين عندنا وعندهم بالسبي فعلى هذا إن خرجت مراغمة
لزوجها وخرج الزوج مسلما أو ذميا تقع الفرقة بينهما بالتباين
عندنا ولا تقع عندهم لعدم السبي ولو سبي منكوحته تبين منه بلا
خلاف ولو كانت منكوحة مسلم أو ذمي ومشتراه لا تبين استدلوا بأن أبا
سفيان بن حرب أنه أسلم ثم ظهر أن في معسكر رسول الله صلى الله عليه
وسلم وهو بمنزلة دار الإسلام وزوجته هند بمكة وهي دار الحرب
يومئذ ولم يجدد بينهما عقد وبقصة صفوان بن أمية وعكرمة ابن
أبي جهل وحكيم بن حزام وقد تقدم ذلك كله وبحديث ابن عباس أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رد ابنته زينب إلى أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول
ولم يحدث شيئا وقال أبو عمر في التمهيد بعضهم يقول بعد ثلاث سنين وبعضهم
يقول بعد ست سنين وفي العارضة بعضهم يقول بعد ثمان سنين وبعضهم
لا يقولون شيئا وفيه محمد بن إسحق وسماك أخرجه أبو داود والحاكم قال
أبو بكر في العارضة لم يصح في هذا الباب حديث مسند والمعنى فيه أن
اختلاف الدارين عبارة عن تباين الولايات وذلك لا يوجب ارتفاع النكاح كما
في دار الإسلام ألا ترى أن الحربي لو دخل إلينا مستأمنا أو المسلم دخل دار
الحرب بأمان لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته وكذا الخارج لمن مصر
أهل العدل إلى منعة أهل البغي والسبي يقتضي الصفاء للسابي

ولا يتحقق ذلك الا بانقطاع النكاح ولهذا اباح رسول الله صلى الله عليه
وسلم وطي سبايا اوطاس بعد استبرايهن ووضع حملهن ولهذا يسقط
الدين عن ذمة المسبي ولنا قوله تعالى فلا ترجعوهن الى الكفار لا
هن حل لهم ولا هم يحلون لهن الاية وهو عام او مطلق في المراغمة
وغيرها والتخصيص والتقييد على خلاف الاصل وقال تعالى ولا تمسكوا
بعصم الكوافر وهي جمع كافرة هكذا في المبسوط وهو الاكثر والقياس
ومعناه لا تعتد وامن طلقتموهن الى دار الحرب من نسائكم وقال
السدي لا تعتد بامراة تركتموها في دار الشرك وقيل الكوافر
الازواج لا النسا وللفرزدق في يزيد ابن المهلب

واذا الرجال راوا يزيد رايتهم
خضع الرقاب نواكس الابصار

ومثله هوالك على خلاف القياس في جمع المذكر وتاوله على تاويل
فرقة فوارس ونواكس وهو الذي في احكام القران لابي بكر احمد بن
علي الرازي المهاجرة الى دار الاسلام صارت من اهل دار الاسلام
وزوجها باق على كفره من اهل دار الحرب وحكم ذلك وقوع الفرقة
بينهما بقوله تعالى لا ترجعوهن الى الكفار ولو كانت الزوجية باقية
لكان الزوج اولى بها وتكون معه حيث اراد ويدل عليه واتوهم
ما انفقوا امر برد مهرها على الزوج فلو كانت الزوجية باقية
لما استحق الزوج مهرها وكذا قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن
ولا يجوز ان تنكحوهن مع بقا الزوجية بينهم وفارق عمر امراتين
كانت له بمكة وفي المبسوط قال عمر من اراد ان يسم امراته منه او
يبين امراته فليلتحق بي اي فليصحبني في الهجرة وقال ابو بكر الرازي
عن علي ابن ابي طالب انه قال الزوج احق بامراته ما دامت في دار
الهجرة يعني اذا كانا في دار واحده والمعنى فيه ان مع تباين الدار
حقيقة وحكما لا ينتظم مصالح النكاح بل ينقطع ويفوت على التابيد
فاشبه الموت والحرمة فصار كالارتداد واحد المكاتبين لفوات
مصلحة النكاح بينهما اذ من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام
كالميت ولهذا جعلنا المرتد اللاحق بدار الحرب كالميت حتى قسمنا
تركته بين ورثته فلم تبق عصمة النكاح مع التباين حقيقة وحكما

بينهما

بينهما بخلاف المستامن لانه في دارنا حكما لتمكنه من العود اليها في كل
وقت وحين ولانه ما خرج الا لقصد اضرار يفسد من المشركين فلا
يعتبر ذلك القصد المراغمة لزوجها ولا يفاد ان احدهما اذا كان
مسلما او ذميا انما لم يزل لبقا حق عصمة الباقي في الدار لانا نقول لكونه
معصوما يقبل الزوال ولا منافية كاعتاق العبد المشترك ولو سلم
ان ذلك يصلح علة فهو ادخال مزاحم فلا يقدح في علية ما ذكرنا ولان
السبي وان كان يثبت ملك الرقبة فهو لا ينافي النكاح ابتدا فكذا بقا
لانه اسهل فصار كالشرا قال ابن العربي من العرب يبطل السبي ملك
المال وينفي ملك النكاح قال وقال ابو حنيفة الرق لا يمنع ابتدا
النكاح فالبقا اولى لعدم المنع قال قلنا حدوث الرق هو الذي
يبطله ثم يبطل بالخلع فانه يقطع النكاح ولا يمنع ابتدا والله اعلم
قلت والفرق ان الخلع طلاق او فسخ عند البعض فلا يبقى معه نكاح
والطلاق هو المصحح للنكاح على المطلقة المبيونة فلا ينافيه اذ هو
مصححه وقوله حدوث الرق هو الذي يبطله ان لا اثر
لحدوث الرق في ابطال النكاح لانه لا منافاة بين ملك اليمين ونكاح
الغير شرعا لانهما يجتمعان والمتنافيان شرعا لا يجتمعان كالمتنافيين
حسا فهو بمنزلة حدوث للمشتري وسبايا اوطاس سبين وحدهن
لان رجالهن قتلوا فلم يحصل تباين الدارين بينهن وبين ازواجهن
وفي الكتاب السبي يقتضي الصفا في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح
لانه لا يتعلق به ومحلهما على ما عرف وفي المحيط وهو سبب ملك الرقبة
دون المتعة لانها منفعة تملك بعقد النكاح وانما يثبت تبعا
لملك الرقبة ولهذا انفك عن ملك الرقبة كشرا المجوسية واخته
من الرضاعة والجواب عن حديث ابي سفيان الاصح انه لم يحسن
اسلامه الا بعد الفتح فكان ايصاله برسول الله صلى الله عليه وسلم
بالامان واما صفوان ابن امية فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى الاسلام وان تقدم عليه فان رضي امرا والا سيرة شهرين
فكان صفوان قد ذهب اليه بامانه ورد انه عليه السلام هكذا
ذكره الصاعد الواحد في احكامه فلم يقع بينهما تباين الدارين
حقيقة وحكما حكاه عن مالك في الموطا وكذا عكرمة ابن ابي جهل وحكيم

ابن ابي حزام على ما تقدم لا يجوز لهم فيه لان مكة عند ذلك كانت دار الاسلام
او كان ذهابهما الى ذلك بالامان اذ لا يمكن احد يذهب الى دار الحرب
بغير امان الا ان يكون متلصصا واما حديث ابي العاص ابن الربيع
فقد قال ابو عمر بن عبد البر النمري هذا الخبر ان صح فهو متروك
منسوخ عند الجميع لان احدا لا يقول برده ها بعد انقضاء عدتها
الا ما روي عن النخعي وشذ فيه عن جماعة العلما ولم يتبعه احد من
الفقها والله اعلم قلت لا اعتبار للعدة عندنا وعند الثوري
وجماعة غيرهم كما لا اعتبار للتعرض في دار الاسلام وان انقضت
عدتها ومضى ثلث حيض في دار الحرب قال وكان ذلك قبل نزول كثير
من الفرائض وعن قتادة كان ذلك قبل نزول براة بقطع العقود
بينهم وبين المشركين وقال الزهري كان ذلك قبل ان تنزل
الفرائض وعنه ان ابا العاص اسر يوم بدر فاتي رسول الله صلى الله
عليه وسلم فرد عليه فعنه انه ردها وهو كافر فمن هنالك قال ابن
شهاب ان ذلك قبل نزول الفرايض وقال اخرون قصته منسوخة
بقوله تعالى فان علمتموهن مومنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل
لهم ولا هم يحلون لهن هكذا ذكره ابو عمر في التمهيد ثم قال خبر ابن
في رد زينب الى ابي العاص غير متروك ولا يجوز العمل عند الجميع به وقد
يحتمل قوله على النكاح الاول اي على مثل النكاح الاول من الصداق
من غير زيادة ولا نقصان على انه قد روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد زينب ابنته الى ابي العاص
بنكاح جديد وكذا يقول الشعبي على علمه بالمغازي والسير ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرد ابنته زينب الى ابي العاص الا بنكاح
جديد ومهر جديد رواه الترمذي وابن ماجه واحمد ابن حنبل
وقال ابو بكر ابن ابي شيبة في مصنفه قال يزيد ابن هارون حديث
ابن عباس اجود اسنادا والعمل على حديث عمرو بن شعيب قلت فيه
الحجاج ابن ارطاه وفي حديث ابن عباس محمد ابن اسحق ابن يسار صاحب
المغازي قال محمد ابن الحسن انما جا اختلافهم لان الله تعالى انما
حرم ان ترجع المومنات الى الكفار في سورة الممتحنة ثم راى النبي
صلى الله عليه وسلم رد ابنته الى ابي العاص بعد ما كان علم حرمتها

عليه

عليه بتحريم الله المومنات على الكفار فلم يكن ذلك عنده الا بنكاح جديد
فقال ردها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد ولم يعلم عبد الله
ابن عباس بتحريم المومنات على الكفار حين رد النبي صلى الله عليه وسلم
ابنته على ابي العاص فقال ردها بالنكاح الاول لانه لم يكن عنده
بين اسلامه واسلامها فسخ النكاح الذي كان بين ابي العاص وزينب
قال ابو جعفر الطحاوي الحافظ قد احسن في هذا ولان راوي النكاح
الجديد اعتمد الحال حقيقة والاول استصحب الحال فصار كالجرح
والتعديل وقال القاضي اسماعيل ابن اسحق لما نزلت ولا تمسكوا بعصم
الكوافر وقعت الفرقة بين المسلمين الذين كانوا بالمدينة وبين
ازواجهم الكوافر اللاتي كن بمكة ثم قال ولم ينتظر ان يعرض عليهن
الاسلام وقد كان ذلك ممكنا للهدنة والله اعلم قلت لا حجة لكم فيه
لان العرض انما يكون حال قيام النكاح وقد وقعت الفرقة بينهما
بتباين الدارين واما الدين فان كان في ذمة عبد فسبي لا يسقط وان
كان على حر سقط لانه لما صار عبدا والدين لا يجب على العبد الا
شاغلا لماليته ورقبته فكذا لا يبقى شاغلا لماليته وحين كان الدين
على الحر لم يكن شاغلا لماليته ورقبته اذ لا مالية لرقبة الحر فلا يمكن
ابقاوه في تلك الصفة بعد السبي هكذا ذكره في المبسوط
والقصاص لا يسقط بالسبي بالاتفاق وفي المحيط ذكر في النوادر
مسلم تزوج نصرانية ثم تمجسا معا قال ابو يوسف تقع الفرقة بينهما
وقال محمد لا تقع لانهما ارتدا معا لان النصرانية ردت كاحداث
اصل الكفر وابو يوسف يقول لم يوجد منها احداث الكفر لا
اصله فبقيت الردة من المسلم ثابتة وذكر ابو الليث ان المراة
لو ارتدت لا تقع بينهما الفرقة زجرا لها وهو الصحيح ووقوعها وتجبر
على ردها الى زوجها وجماعتها لا تجاسر على الردة لخلاص عن زوجها
وفي قنية المنية لكل قاض ان يجدد النكاح بينهما بمهر يسير
ولو بدينار رضيت ام لا وفيه ايضا تجبر على الاسلام وتعزر
خمسة وسبعين وليس لها الا التزوج بزوجها الاول وقال
ابو القاسم الصفار واسماعيل الزاهد وابو نصر الدبوسي وسادات
لا تقع الفرقة بردتها ولا تسترق ما دامت في دار الاسلام في ظاهر

الرواية وفي النوادر عن ابي حنيفة تستترق وفي المحيط ايضا مسلم
تزوج حربية في دار الحرب فخرج عنها وحده الى دار الاسلام بانت
من زوجها بالتباين خلافا للايمة الثلاثة ولو خرجت المراة
قبل زوجها لم تبن لانها صارت من اهل دار الاسلام لالتزا
مها احكام المسلمين اذ لا يمكن من العود الى دار الحرب والزوج
من اهل دار الاسلام حكما ولو دخل الحربي دارنا بامان ثم قبل
الحربية بانت امراته وان كانت المراة هي الخارجة لم تبن حتى
تحيض ثلث حيض فاذا بانت مدة بعد وجدة مسلما لا يقع طلاقه
عليها لانقطاع لا الى عدة مسئلة من جنس مسايل الباب
ذكرها في الجامع والزيادات وهي ان الحربي لو تزوج خمسا
ثم اسلم ان كان في عقد بطل الكل وان كان في عقود تبقى الاول
وعند محمد يختار اربعا منهن منهما وهو قول الايمة وفي
الاختين في عقد يبطلان وفي عقدين يصح الاول وعند محمد
والجماعة يختار واحدة منهما في الصورتين وقول محمد في
الذمي كقولهما ولو كان تحته اربع او ثلث او اختان فسبين
وسبي معهن بطل نكاح الكل عندهما ان وجدن معا في عقد
واحدة او متعاقبا لان نكاح الاربع صحيح عندنا وعندهم وجود
المفسد وهو الرق ليس البعض بالفساد اولى من البعض فيفسد
الكل وعند محمد يختار اثنتين ولو سبي باسين وبقي في دار
الحرب تعينت الباقيتان للفرقة للتباين ولو كان الحربي تزوج
اما وبنتا ولم يدخل بهما حتى اسلموا ففي النقاف يصح الاول
وفي الجامع يبطلان ثم له ان يتزوج البنت دون الام وان كان
دخل بالبنت دون الام فله ان يتزوج البنت دون الام لما عرف
وعند محمد يبطل نكاح الام بكل حال لقوة نكاح البنت استدل
محمد بحديث غيلان ابن سلمة الثقفي هكذا في الاستيعاب
والالمام وفي مصنف ابي بكر ابن ابي شيبة ابن مسلمة والصحيح
ابن سلمة انه اسلم وتحته عشر نسوة فقال له النبي صلى الله
عليه وسلم اختر منهن اربعا وفارق سايرهن ويروى امسك
منهن اربعا وفي الالمام رواه الحاكم في المستدرك من حديث

سفيان

سفيان وعيسى ويونس والبخاري عن معمر وفي رواية عيسى ان
يتخير منهن اربعا ويترك سايرهن اخرجه الترمذي من حديث
سعيد عن معمر وعن البخاري انه غير محفوظ وعلل وكذا مسلم
حكم على معمر بالوهم فيه والصحيح ارساله وخرجه الدارقطني
مسندا وهو ضعيف وقال ابو عمر بن عبد البر ومعمر لم يبلغ على
هذا الاسناد وهو عن ابن شهاب عن سالم عن ابيه وفي حديث
قيس بن الحارث بن حدار الاسدي قال في الكمال هو الصواب
ويقال الحارث بن قيس الاسود اسلم وتحته ثمان نسوة فامره النبي
صلى الله عليه وسلم انه يمسك منهن اربعا قال الحافظ ابو الحسن
على بن القطان في الوهم والايهام علله عبد الحق وترك علة
اعظم من التي تركها وقال ابو عمر بن عبد البر ليس للحارث
ابن قيس الا حديث واحد وهو هذا ولم يات من وجه صحيح
وبحديث فيروز الديلمي قاتل الاسود العنسي المتنبي الكذاب
قال قلت يا رسول الله اسلمت وتحتي اختان قال طلق ايهما شيت
رواه ابو داود وفي الترمذي اختر ايهما شيت وقال حديث
حسن واخرجه ابن حبان ايضا وفيه ابن لهيعة والحديثان
موقوفان قاله ابو بكر ابن العربي في العارضة وقال الحافظ
ابو الحسن بن القطان وهو ضعيف وفي المبسوط عن الضحاك
بن فيروز الديلمي والجماعة ذكر عن الضحاك عن ابيه فيروز
فالضحاك هو الراوي عن ابيه لكن في الدارقطني عن الديلمي وعن
ابن الديلمي قال اسلمت وتحتي اختان قال نوفل بن معوية اسلمت
وتحتي خمس نسوة وهو ضعيف وزعموا ان ترك الاستفصال في
حكايات الاحوال مع الاحتمال ينزل منزلة عموم المقال ولا
اعتبار للتعاقب الا ترى ان الاولى لو ماتت فاسلم مع الباقيات
وهن اربع جاز نكاحهن اتفاقا وان نكح الخامسة الباقية
عندكم فاسد ولنا ما رواه الحافظ ابو جعفر الطحاوي عن سعيد
عن قتادة قال ناخذ الاولى والثانية والثالثة والرابعة
وقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف حرم الجمع
بينهما وعند الشافعي الكفار مخاطبون بالفروع واذا وقع

في عقد ان لم يحصل فيصح نكاح الاولى وانه فسخ نكاح الثانية ولان
نكاح الاولى كان صحيحا بحكم الاسلام و الكفر وكذا الاربع الاول
ونكاح الاخت الثانية ومن بعد الاربع غير صحيح بحكم الاسلام
فكان صرف الفساد عند الاسلام الى من كان نكاحه فاسدا بحكم
الاسلام اولى قال ابو بكر ابن العربي في العارضة مع شك لتعصبه
الاصول وسواهد ها كلها مع ابي حنيفة و في الدخيرة المالكية
ان صادفت انكحتهم شروط الصحة فهي صحيحة اسلموا ام لا
وما لم تصادفها فهي باطلة اسلموا ام لا قال الشيخ شهاب
الدين القرافي وعلى هذا كان ينبغي ان لا يخيره بين الام وابنتها
اذا اسلم عليهما بل يقول ان تقدم عقد البنت صحيحا تعينت
البنت وكذا الاخيرة اذا اسلم على عشرة نسوة بل يقول ان تقدم
اربعا منهن على الصحة تعينت قلت هذا السوال الذي
اورده على قاعدة مذهبه وهو مذهبنا ولا معارض لها
اذا لم يثبت حديثا يعارضها على ما ذكرنا وفي البسيط القياس
على ما قال ابو حنيفة اذ طريان التحريم ههنا ايضا كطريان
تعيين وجتي المسلم بارضاع امراة اماها في الصغر فانهما
تندفعان ولا يتخير الرجل وهو على مذهب الشافعي فانه
لا يرى استتباع الكفار في عقايدهم ولهذا اوجب القيمة
على من اراق خمورهم واليه مال ابن الحداد من الشافعية
لكنه تسبب بالاثر انتهى كلامه قلت الاثر لم يثبت فيجب العمل
بالنظر **قوله** واذا خرجت المراة الينا مهاجرة جاز لها
ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة
وفي المبسوط ان خرجت الى دار الاسلام مسلمة او ذمية فلا
عدة عليها عند ابي حنيفة الا ان تكون حاملا وعندهما
عليها العدة وفي ملتقى البحار خرجت مسلمة او قابلة
عقد الذمة وفيه مراغمة اي منقطعة عنهم وفي المغرب
الرغم الذل وراغمه اذا فاقه على رغمه وهو منقول ذكره
في الصحاح ومنه خرج مراغما اي مغاضبا وراغمت القوم اي
باينتهم وخرجت عنهم والمراغمة المذهب وفي المصباح المراغمة

المراغمه

المراغمه راغمته اي هاجرته والوجوب قول الجمهور ولان الفرقة
وقعت بعد دخولها دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام واستدلوا
بما رواه مسلم والترمذي وابو داود والنسائي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين بعثا الى اوطاس فلقوا عدوهم
فقاتلوهم فظهروا عليهم واصابوا لهم سبايا فكان اناس من
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرجوا من غشيانهن من اجل
ازواجهن من المشركين فانزل الله تعالى في ذلك والمحصنات
من النساء الا ما ملكت ايمانكم اي فهن لكم حلال اذا انقضت
عدتهن وفي سنن ابي داود عن ابي سعيد الخدري ان رسول
صلى الله عليه وسلم قال في سبايا اوطاس لا توطا حامل حتى تضع
ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة وفي الترمذي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا
يسقي ماءه زرع غيره وفي رواية ولد غيره وقال حديث حسن
وروى احمد بن حنبل انه صلى الله عليه وسلم نهى ان توطا المراة
حتى تحيض وعن الحبالى حتى يضعن ما في بطونهن وفي لفظ لابي
داود وحتى يستبرين بحيضة وقال ابو داود والحيضة
غير محفوظة وهو وهم من ابي معوية وفي اسناده شريك بن
عبد الله القاضي وفيه كلام وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان
تنكحوهن في المهاجرات من غير شرط ايجاب العدة وقوله
تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد تقدم ولان تباين الدارين
اوقع النكاح فلم تنفع اثره كما لو اشترى زوجته واعتقن
بالمسبية وام الولد اذا اعتقت تحت زوج فانه لا يجب عليهما
عدة قوله اما ان كانت حاملا فلا تتزوج لاجل الحمل الثابت النسب
من الغير كام الولد اذا حبلت من مولاها لا تتزوج حتى تضع حملها
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان النكاح يصح ولا يقربها حتى
تضع لعدم حرمة ما الحربي كالحامل من الزنى والاول اصح
وسوا خرج احدهما مسلما او ذميا او مستامنا او صار ذميا
وان كان الخارج هو الزوج فله ان يتزوج اربعا سواها او
اختها في دار الاسلام لانه لا عدة على الباقية في دار الحرب

عندهم جميعًا العدم الخطاب ولو خرجنا مستأمنين فأسلمت ففي
رواية كتاب النكاح يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلث
حيض لانه من اهل دار الحرب وفي رواية كتاب الطلاق يعرض
السلطان عليه الاسلام فان ابى فرق بينهما وان لم يعرضه حتى
مضى ثلث حيض وفي حق المستأمن من أي الامرين وجد تقع به
الفرقة والجواب عن الحديث الاول انهم اطلقوا على الاستبرا
اسم الحيضة والاستبرا بحيضة ليس بعدة قال صلى الله عليه
وسلم عدة الامة حيضتان وانما شرعت الحيضة في الاستبراء
لتجدد الملك وان لم يكن قبله نكاح ويشرع ذلك فيما لا تجب فيه
العدة وفي الصحاح والمجمل لابن فارس الوطيس التنور وحمي الوطيس
اذا اشتدت الحرب واوطاس موضع وفي المغرب واوطاس موضع
على ثلث مراحل من مكة وكانت به وقعة النبي صلى الله عليه وسلم
وفي الكتاب لابي حنيفة انه ازال النكاح المتقدم اظهار الخطر
ولا خطر لملك الحربي ولهذا الحج على المسبية قوله
واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بينهما
بغير طلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت الردة
من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت منها فهي كما قالا وفي المغني
اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح وهو قول
عامة اهل العلم وحكي عن داود بن علي الاصبهاني انه لا ينفسخ
بالزيادة وان كانت الردة بعد الدخول فكذلك في احد الروايتين
عن احمد بن حنبل وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وابي حنيفة
ومالك والثوري وزفر وابي ثور وابن المنذر كالرضاع وفي
الرواية الثانية يقف على انقضاء العدة وهو قول الشافعي
واسحق ومحمد يعتبره ثلثا وابو يوسف مر على اصله لان الاباء
ذلك لا يختص باحد الزوجين بل يشتركان فيه فاشبه خيار
البلوغ وابو حنيفة فرق بين الاباء والردة وجواز الردة
منافية للنكاح لكونها منافية العصمة والطلاق رافع للنكاح
والمنافي قايم فيتعذر جعله طلاقا لذلك بخلاف الاباء فانه يفوت
الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا

يتوقف

يتوقف الفرقة بالاباء على القضاء بخلاف الردة وفي الجواهر ردته
تقطع العصمة بينهما ساعة ارتداده رواه ابن القاسم في المدونة
قال وكذا ارى تنقطع عندي وتكون تطليقة بائنة وليس له عليها رجعة
وان اسلم في عدتها وفي رواية ابن ابي اويس وابن الماجشون عن مالك
انها فسخ وقال سحنون ان اسلم في عدتها ثم ان من المالكية من جعل الردة
فسخا ومنهم من جعلها طلقة بائنة ومنهم من جعلها طلقة رجعية ومنهم
من قال لو اسلم يعود الى زوجته كما كانت من غير طلاق ولا فسخ كما يعود
المرتد الى ماله على المعروف من المذهب ثم ان كان الزوج هو المرتد
فلها كل المهر ان دخل بها ونصفه ان لم يدخل بها لان الفرقة جاءت
من قبله كالطلاق وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها
لتاكده بالدخول وان لم يدخل بها فلا مهر لها كتقبيل ابن زوجها
قبل الدخول لان الفرقة جاءت من قبلها وكذا لا نفقة لها وان قبلته
في العدة لا تسقط النفقة وان حبست في عدتها بدين او بردته
سقطت نفقتها وان عادت الى منزله مسلمة او مرتدة عادت
نفقتها وفي البسيط الردة منه قبل الدخول بنصف المهر
ومنها يسقط وبعد الدخول في المنصوص وهو الاصح لا يسقط وفي
قول يسقط المسمى كالفسخ بالعيوب فان المنصوص سقوطه بعد
المسيس وقبله وفي المغني اذا ارتدت قبل الدخول فلا مهر لها
وان ارتد قبل الدخول فلها نصف المهر وبعد الدخول لا يسقط
كقولنا وكاسلام احد الزوجين وان ارتدا معًا ثم اسلما معا فهما على
نكاحهما وهو استحسان وفي المغني ارتدا معا فحكمهما ما لو ارتد
احدهما ان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وهو قول الاكثر لان في
ردتهما ردة احدهما وهي مبطلة ولنا ان بني حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة
فقاتلهم ابو بكر الصديق في خلافته حتى رجعوا الى الاسلام فقبل
على انكحتهم ولم يامرهم بتجديد الانكحة بينهم والارتداد والاسلام
منهم واقع معا لجهالة التاريخ كالحرقى والغرقى والهدمى لما عرف
ولو اسلم احدهما بعد ارتدادهما معا قبل اسلام الآخر فسد نكاحهما
لاصرار الآخر على الردة اذ الردة منافية للنكاح فبطل كالابتدا
وفي المبسوط والبدايع اذا ارتدا معا فهما على نكاحهما ومعناه واسلما

بعده معا وفي المحيط اذا ارتدا في كلمة واحدة لم تبن والله تعالى اعلم

باب القسم

وفي الصحاح والمغرب القسم بفتح القاف وسكون السين مصدر قسمت الشيء فانقسم والقسم بالكسر واحد الاقسام والنصيب من الخير كالطحن للدقيق **قوله** واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم اي يسوي بكرتين كانتا او ثيبتين او كانت احداهما بكرا والاخرى ثيبا والجديدة والقديمة فيه سواء عندنا وبه قال الحكم وحماد والاصل فيه حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كانت له امرأتان فمال الى احدهما جاء يوم القيامة وشقه مايل رواه ابو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه واحمد ابن حنبل وعن عايشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تلمني فيما تملك ولا املك يعني القلب رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي وقال في الاسرار الواضح ويقسم هكذا للصحيحة والمريضة والرتقا والمجنونة التي لا يخاف منها والحايض والنفسا والصغيرة التي لا يمكن وطيها والمحرمة والمولى منها والمظاهر منها وهو قول الائمة الاربعة وغيرهم وعند الايمة الثلاثة يقيم عند البكر الجديدة سبعا وعند الثيب الجديدة ثلثا ولا يحتسب عليها بذلك وهو قول النخعي والشعبي وابن راهويه واختار ابن المنذر وقيل للبكر ثلث وللثيب ليلتان هكذا روي عن شعبة ابن المسيب والحسن البصري ونافع مولى ابن عمر وفي الجواهر والمغني الامة الجديدة سبع اذا كانت بكرا وان كانت ثيبا فلها ثلث عند المالكية والحنابلة فجعلوها كالحرة البكر والثيب وللشافعية فيه ثلثة اوجه احدها ما ذكرناه عن المالكية والحنابلة من التسوية بين الحرة والامة والثاني الامة على النصف كساير القسم والثالث للبكر من الاما اربع وللثيب ليلتان لتعسر التثليث ذكره في النهاية لامام الحرمين وفي الجواهر المزيادة حق الزوجة او حق الزوج او حقهما فيه اختلاف وفي الجواهر والنهاية والمغني على ولي المجنون ان يطوف به على نسايه وفي النهاية لو ترك حق واحدة وحق الزوج بالباقيات

كان

كان ظلما منه وجب عليه القضا في احد الوجهين يسقط القسم بالجنون فلا مطالبة على الولي برعايته فان الغرض الاظهر من القسم الاساس ودفع اظهار الميل وذلك مفقود من المجنون قال وعندي ورا ذلك نظر وهو ان مطالبة الولي بان ثبت عندهن ويطوف به الولي عليهن لا وجه له فان الزوج العاقل لو ترك ذلك فلا مطالبة وانما يطالب الولي بما يطالب الولي الزوج ونص المشا في ان على ولي المجنون ان يطوف به على نسايه والله اعلم قلت ذلك منهم حكم بلا دليل شرعي ولا يجعل نوبة الجنون لواحدة ونوبة الافاقة لواحدة بل يجعل لكل واحدة نوبة جنون وافاقة وفي النهاية لو اقام عند البنت الجديدة سبعا بطلبها اقام عند كل واحدة من القديمات سبعا سبعا وبطل اختصاصها بالثلث وان اقام عندها الثلث لم يقض الثلث وبه اخذ ابن حنبل وان كان السبع بغير طلبها لم يبطل اختصاصها ولو نقص لصواحباتها الا الاربع الزوايد وفي الجواهر لو التمست زيادة على الثلث لم يلتفت اليها بل يستانف القسم وقال ابو الحسن يكمل سبعا ثم يقضي لكل واحدة سبعا وجعل طلب الزيادة مبطلا لحقها وهكذا الشافعية والحنابلة وبعده لا يخفى على احد ولا حجة لهم في الحديث على ما يأتي للايمة الثلاثة ما روى ابو قلابة عن انس قال من السنة اذا تزوج بكرا اقام عندها سبعا واذا تزوج ثيبا اقام عندها ثلثا ثم قسم قال ابو قلابة ولو شيت لقلت انس رفعه اخرجاه وعن انس سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلث ثم يعود الى نسايه اخرجه الدار قطني ولانها لم تالف ذوجها بعد ولعل محل في اول الامر نوع نفرة فكان في الزيادة ازالتها وحجتنا ان احتمال الزوجات عنده سبب لوجوب التسوية بينهن لعصمة العدل وحرمة الميل لما ذكرنا قبل هذا ولو جاز تفضيل بعض الزوجات على بعض لكانت القديمة اولى به لما وقع لها من الكسرة والوحشة واحتمال الغبطة والغيرة على القديمة بسبب ادخال الضرة عليها والمراد من الحديث انما التفضيل بالبداءة بالجديدة دون الزيادة كما في حديث ام سلمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوجها اقام عندها ثلثا وقال انه ليس بك على اهلك هوان ان شيت سبعت لك وان سبعت لك سبعت لنساي رواه مسلم

وابو داود وابن ماجة وفي رواية قال صلى الله عليه وسلم لام سلمة ان شئت
ثلثت لك وثلثت لهن ذكرها شمس الايمة السرخسي وقال المنذري
التسوية بينهن واجبة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما كان يفعله
تفضلا وذكر امام الحرمين ذلك في كتاب النكاح وحكى فيه خلافا ويدل
على انه صلى الله عليه وسلم كان يقسم لثمان ولا يقسم لواحدة قال عطاء هي
صفية بنت حيي بن اخطب رواه مسلم قال الله تعالى ترجي من تشاء منهن
وتؤوي اليك من تشاء فكان ممن اوى عايشة وام سلمة وزينب وحفصة
ذكره المنذري وفي القواعد لابن رشد المالكي في حديث انس كان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا تزوج بكرا اقام عندها سبعا واذا تزوج ثيبا
اقام عندها ثلثا حديث بصري رواه ابو داود وحديث ام سلمة مدني
متفق عليه فصار اهل المدينة الى ما خرجه اهل البصرة مع انه ليس في
الصحة مثل حديث ام سلمة المدني وصار اهل الكوفة الى ما صار اليه اهل
المدينة واختلفت المالكية على اقامة السبع والثلث واجبة او مستحبة
وبالوجوب قال ابن القاسم وبالاستحباب قال ابن عبد الحكم وسبب الخلاف
حمل فعله صلى الله عليه وسلم على الوجوب او على الندب والندب هو
المختار عند اكثر الاصوليين واكثر الفقهاء ومن التابعين من قال يدل
على الجواب وما زاد فيه لبل وقد ذكرنا ان التسوية بين نسايه لم تكن
واجبة عليه فسقط القول بالوجوب في الجديدة البكر والثيب
بالاحتجاج بفعله صلى الله عليه وسلم ويدل على ان ذلك ليس بشيء حتم ما روى
انس قال لما اخذ صفية اقام عندها ثلثا وكانت ثيبا رواه ابو داود واحمد
ابن حنبل ولم يقل احد بوجوبه بملك اليمين ثم بعد ذلك اعتقها وتزوجها
وجعل عتقها صداقها وقال انس السنة تنفي وجوب ذلك ايضا ولا يمكن
حمله على سنة النبي صلى الله عليه وسلم ان السنة ما واظب عليه رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولم يتركه الا مرة او مرتين كيلا يعتقد فرضيته
والنبي صلى الله عليه وسلم لم يتزوج بكرا غير عايشة رضي الله عنها فكيف
تثبت السنة بمرة واحدة وحكاية ابن رشد حديث انس كان صلى الله
عليه وسلم اذا تزوج بكرا الى اخره عن ابي داود لا اصل له عنده ولا
حديث ام سلمة متفق عليه كما ذكر وانما هو من مفردات مسلم كما ذكرته
وقال الحافظ ابو جعفر كان لكل واحدة غيرها سبع اذا اقام عندها سبعا

كان

كان لكل واحدة ثلث اذا اقام عندها ثلثا في النظر الصحيح والقول مع استعمال
تاويل الاثار ولان القسم من حقوق النكاح فيسوي بينهن كما يسوي بينهن
في المأكول والمشروب والملبوس هكذا في المبسوط وفي المغني لا تجب التسوية
بينهن في الكسوة والنفقة اذا اقام بالواجب لكل واحدة كالوطء
والاختيار في مقدار ذلك الى الزوج وفي المبسوط اذا كان للرجل الحر
والمملوك امرأتان حرتان فانه يكون عند كل واحدة يوما وليلة وان شاء يومين
وليلتين وان شاء ثلثة ايام ولياليها والمستحق عليه التسوية بينهن ولا
تجب عليه التسوية في الجماع كالمحبة بالقلب وفي الجواهر لا يزاد على ليلة و
لا ينقص منها الا برضاهن وبه قال ابن حنبل وعند الظاهرية لا يزاد
على ليلة ولا ينقص منها الا برضاهن على سبع ذكره في المحلى وفي النهاية وعماد
القسم الليل لانه سكن قال الله تعالى وجاعل الليل سكنا وقال تعالى ازواجا
لتسكنوا اليهن وفي حق الحواشي النهار نحا سلة ان المعتبر فيه وقت السكون
ويقسم ليلة وليلتين وثلثا وان اراد ان يزيد على الثلث ففيه وجهان احدهما
لا يجوز وان جوزنا الزيادة على الثلث ففيها وجهان ذكرهما صاحب
المغرب احدهما لا يوقت والثاني يوقت بسبعة ايام ولم يعترض لمدة الايلا
وان كان زمانها معتبرا في حق الشرع في الاضرار قلت مدة الايلا غير
معتبرة في القسم فان المولى لو بات عندها اربعة اشهر من غير جماع ثبت
فيه او استحقت التطليق بعدها ولا بد من الجماع في المدة بخلاف القسم
والقرعة في الابتدا بواحدة منهن مستحبة وبه قال مالك وقال ابن
حنبل مستحقة وهو الصحيح من مذهب الشافعي وقيل يتخير وفي القواعد
للشيخ عز الدين ابن عبد السلام لا وجه للاقراع عند تعارض التبيين
ولا عند تعارض الخبرين اذ لا يفيد تقويه باحد الخبرين ولا باحد الشهادتين تبين
قلت قد ذكرت ان شرع القرعة انما كان لدفع اثار الصدور والاحقاد
والضغاين والرضا بالمقادير لان القرعة تظهر الحق وتبينه فعلى ذلك
قوله لا يفيد به باحد الشهادتين واحد الخبرين ليس بتعليل صحيح
مع ان ما هو به من الوضعيات ليس له اصل فيها الا ترى ان من اعتق احد
عبديه بغير عينه ثم مات ولم يبين واقرع بينهما فاعتق احدهما وابقى الاخر
رقيقا فهذا سبب الضغينة والابعاد والحد بحرمانه بالقرعة بعد
وجود سبب استحقاق الحرية اما اذا شاع العتق فيهما وعتق نصف كل واحد

لعدم الاولوية فلا حقد ولا ضغينة وقد قال جماعة من العلما ان من طلق
نسي الطلاق فيهما والجواب عن تمسكهم بالحر الغرب الوضع وهو ان
يكون انسان له ستة اعبد ولا مال له سواهم من باب المستحيل العادي
وباقي الكلام عليه في موضعه ان شا الله تعالى ثم ان الزوج لو اقام عند
واحدة شهرا ظلما مع طلب القسم من الباقيات او بغير طلب فليس
عليه ان يعوض ذكره في المبسوط والمحيط لانه ليس بمال فلم يكن دينا
عليه في الذمة لكنه ظالم يوعظ فان اصر يؤدب تعزيرا وفي المبسوط
ولان وجوب القسم بالطلب ولم يوجد فيما مضى وقال الشافعي وابن
حنبل يقضي ولا يلزمه ان يبيت عند زوجته وكذا الزوجان
والزوجات كامراة واحدة وبه قال الشافعي فان بات عند واحدة
منهن فعليه التسوية في المبيت الذي يقتضيه ادب الدين ان لا
يعطلها ذكره في النهاية وفي المحيط ويومر الصايم بالنهار والقايم
بالليل ان يكون عندها اذا طلبت وعند ابي حنيفة في رواية الحسن
عنه يجعل لها يوم من اربعة ايام وبه قال الثوري وابو ثور وابن حنبل
وهكذا ذكر الحافظ ابو جعفر الطحاوي عنه والصحيح غير ذلك وبه
قال الشافعي والجمهور ووجه ابي حنيفة على رواية الحسن ومن قال
بقوله قوله صلى الله عليه وسلم لعبد الله ابن عمرو ابن العاص الم اخبر
انك تصوم النهار وتقوم الليل قلت يا رسول الله قال لا تفعل صم وافطر
وقم ونم فان لجسدك عليك حقا ولعينك عليك حقا وان لزوجك عليك
حقا متفق عليه وروي مختصرا ايضا وقد اشتهرت قصة كعب ابن سوار
ورواها عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه احدها عن الشعبي
ان كعب ابن سوار كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجات امراة فقالت يا امير
المومنين ما رايت رجلا قط افضل من زوجي والله ليبيت قايما ويظل نهاره
صايما فاستغفر لها واثنى عليها واستحيت المراة وقامت راجعة فقال
كعب يا امير المومنين هلا اعديت المراة من زوجها فجا بعلها فقال لكعب
اقض بينهما فانك فهمت من امرهما ما لم افهمه فقال اني ارى كانها امراة
عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن لها يوم وليلة وله ثلثة ايام ولياليهن
يتعبد فيهن فقال له عمر اذهب فانت قاض على اهل البصرة قال ابن المنذر
وهذا غير متصل عن عمر من رواية وفي رواية قال له عمر نعم القاضي انت

ويروي

ويروى عن كعب انه لما قضى قال ان لها عليك حقا ما تقل نصيبها في اربع
لمن عدل فاعطها ذاك ودع عنك العلل واستدل مالك وابن حنبل وداود
على وجوب الوطي على الرجل اذا لم يكن له عذر به قال داود اذ ذلك
في كل طهر مرة وعندنا لا يجب بعد الوطية الواحدة التي تخرج بها عن العنة
وهو قول الشافعي والاكثرين قالوا ولهذا يجب استبدا انها في العزل
ويقع الطلاق بتركها بغير وطي اربعة اشهر بالايلا وفي المغني وحق
الامة ليلة من كل سبع ليال وهكذا ذكره الاسبيجابي عن ابي حنيفة
رحمه الله على قوله الاول لان اكثر ما يمكن ان يجمع معها ثلث حراير
بست ليال ولها الليلة السابعة قال الموفق ابن قدامة في المغني والذي
نقوى عندي ان لها من كل ثمان ليال لتكون على النصف من نسا الحرة
فان حق الحرة من كل ثمان ليال ليلتان فلها نصف الليلتين ليلة واحدة فلو
كان لها الليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللامة ليلة
ووجه الظاهر ان ذلك يودي الى تفويت النوافل على الزوج اصلا
اذا كانت له اربع زوجات الا انه يومر بايفا حقها احيانا ويصوم
ويصلي ما امكن وفي المبسوط عند الاجتماع يحصل العدة والمصطه
ولا يحصل ذلك عند الانفراد وقد تقدم واجمعوا على انه لو بات عند
ام ولده وسريته دهرا لا يجب عليه القضا للزوجة مع الحاق المصطه
والعبرة بذلك للزوجات وما يجد اجلهن بذلك من الالم والهوان الا
عند الظاهرية لا يجوز المبيت له عند امته وام ولده ولا في دار
غيره الا من عذر ذكره في المحلى وفي المغني فان قسم لاحداهما ثم طلق
الاخرى قبل قسمها ثم تزوجها قضى لها فان منعته البالغة في
قسمها سقط فان طاوعته بعد ذلك استانف القسم والله تعالى اعلم

فرع جعلت له الحرة مالا على ان يزيد في ايامها فهي باطلة ولها
ان ترجع في مالها وان زادها في ايامها لان ذلك رشوة كالرشوة في الحكم
وكذا لو حطت من مهرها وزاد في مهرها شيا بهذا الشرط وبه
قال الشافعي وابن حنبل وقال ابو ثور هو جايز وهو مذهب الحسن
البصري ذكره في الاشراف وفي قنية المنية قالت تزوجني على ان لا اريد
منك من حقوق الليل ولا يمكن يقسم لها من حقوق النهار شيا فتزوجها الا
بعذر يمنع النفقة والمبيت الا ان يترك ذلك بعد النكاح وان شرط

تزوجها ويقيم عندها اياما او تطلق القديمة فسالته ان لا يطلقها
ويقيم عندها فتزوجها على هذا الشرط كان جائزا لا باس به لحديث
سوده بنت زمعه انها وهبت يومها لعايشه فكان صلى الله عليه
وسلم يقسم لعايشة يومها ويوم سوده متفق عليه لكن ذلك غير لازم
فلها ان ترجع وتطلب العدل في القسم وفي النهايه الواهبة نوبتها
على ثلث صيغ ان تعين الموهوب لها من ضراتها والثانيه ان يطلق
الهبه ولا تعين واحدة منهن والثالثه ان تقول لزوجها وهبتها
لك ضعها حيث شيت او قالت فاقسمها بين ضراتي اما الاولى فلا بد فيها
من رضى الزوج حتى لو اراد ان يقيم عند الواهبة في نوبتها فله ذلك
لانها لا تملك اسقاط حقه فيها فان قال الزوج قد اسقط حقك
وانا اصرفها من شيت فليس له ذلك قال وفيه اشكال فان هبتها لها
ليس بتمليك منها بل هي اسقاط وترك ولهذا لا يشترط قبولها ولو ردت
يبيت الزوج عندها كرها والجواب ان ترك حقها مشروط بهذا
الشرط فيراعى ذلك الشرط واما الثانيه فالقسم يكون بين الثلث
ليلة ليلة واكثرهن وجها واما الثالثه فالزوج بالخيار ان شا جعلها
في الكل وان شا جعلها في واحدة منهن وان جامع في غير نوبتها وكان
غيرها ففيه ثلثة اوجه الوجه الاول انه يقضي تلك الليله
لافسادها بالجماع وان لم يوجبوا التسويه في الجماع وان عاد اليها
وبات عندها والوجه الثاني يكون به عاصيا ولا يقضي كما قلنا
نحن كما تقدم لكن هذا اذا لم يتومكث في زمان محسوس والوجه
الثالث يلزمه ان يصيب المطلوبه في تلك الليله قلت هذا ابعد
من الوجه الثاني وبالجماع لها في تلك لا يرتفع الظلم ثم قال وطيها
في نوبه غيرها حرام مع انه صادف محل الحل فكان بعيدا فان
احللناه فهو ممنوع من الجماع لعينه وليس كالصلاة في الارض
المغصوبة ومما يزيد اشكالا ان الوطي ليس عليه لواحدة في
القطع فيه بالاباحة وصرفنا التحريم الى ايقاع المصطفه لا الى ما
وقع به المصطفه قوله وان كانت احداهما حرة والاخرى
امه فللحرة الثلثان من القسم وللامه الثلث وهو قول علي ابن ابي
طالب وشعبة ابن المسيب ومسروق والاوزاعي والثوري

والشافعي وابن حنبل واسحق ابن راهوية وابو عبيدة وفي الجواهر
الروايه المشهوره عن مالك التسوية بين الحرة والامه في القسم
وروى رجوعه الى التفاضل واتفقوا على التسوية بينهما في
النفقه والكسوة والسكنى وهو مذهب علي ان ابي طالب رواه الدار
قطني قال امام الحرمين في النهاية روى الحسن عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال للحرة ثلثا القسم وللامه ثلثه ولا اصل
له وفي المبسوط والزوجة المكاتبة والمدبرة وام الولد
كالامه في القسم كما ذكر في الكتاب لقيام الرق في الكل وحل الامة
انتقص من حل الحرة اذ لا تحل على الحرة ولا معها وتحرم تطليقتين
بخلاف الكسوة والنفقة والسكنى فانها مبنية على الكفاية
وفي المحيط لو اقام عند الامة يوما فاعتقت يقيم عند الحرة يوما
وقال زفر يومين قلنا النقص قد زال فيجب التسوية وفي المبسوط
لو اقام عند الحرة يوما فعتقت ينتقل اليها وفي النهايه ان عتقت
الامة وكانت البداة بالحرة وهي الليله الاولى واقام عند العتيقه
ليله ثم قسم ليله ليلة وان شا اقام عند الحرة تمام الليلتين واقام
عند العتيقه ليلتين فان عتقت في الليله الثانيه للحرة فله ان
يقيم عندها بقسمها ثم يقيم عند العتيقه ليلتين ايضا فان كانت
تلك الليله ينظر فله ان يخرج الى العتيقه ويقيم عندها ليله ونصف
ولا يجوز وضع القسم ابتدا على انصاف الليالي وان عتقت في نصف
الليله الاولى للحرة لا ينقص عن ليلة وان استوفت الحرة ليلتها
وانتهى النوبة الى الامة فعتقت في الليلة الاولى يكمل لها ليلتان
وان عتقت الامة في ليلتها فالعتق الطاري على نوبتها يثبت لها
كمال نوبة الحرة ليلتين ثم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر
يسافر الزوج بمن شا منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر
بمن خرجت قرعتها وهو قول مالك وقال الشافعي وابن حنبل
رضي الله عنهما القرعة واجبة وفي الجواهر روي عن مالك للحرة
السفر مع الزوج من غير قرعة وهو اختيار ابن القاسم ولان المصلحه
تكون للبعض في ابقايها في منزله لثقل جسمها بكثرة سمنها وتحملها
وبكبر سنها وضعفها وعجزها عن السفر والحركة وثوقه بها في

حفظ ماله اذا ابقيت وكثرة اولادها منه وكثرة عايلتها ومنهن القليلة العايلة الخفيفة الجسم القادرة على الحركة وعنا السفر ومشاقه احتج الشافعي وابن حنبل بحديث عايشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسايه وايتهن خرجت قرعتها وروي ايتهن خرج سهمها خرج بها متفق عليه قلنا هذا يدل على الاستحباب وليس نصا على الاستحقاق وقد ذكرنا ان التسوية بينهن لم تكن واجبة على النبي صلى الله عليه وسلم في الحضر ففي السفر اولى لما ذكرنا ولان الزوج لا يستصحب واحدة واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن واكثر بغير اقراع ولا اذن وانما كان يفعل ذلك ليطيب قلوبهن ثم لا يقضي مدة السفر لواحدة منهن او اكثر لبقية نسايه وقال داود الظاهري يقضي وقال الشافعي رحمه الله وابن حنبل اذا كان بقرعة وعند ابن حنبل يقضي مدة الاقامة في سفره بمبيت وفي المغني ان خرجت القرعة لواحدة فتركها او سافر وحده جاز ولا يقضي وليس له ان يسافر بغيرها وعندنا له ذلك وبه قال مالك وان امتنعت من السفر معه سقط حقها ان رضي الزوج وعندنا لا حق لها في السفر وفي المغني ايضا لو اقام المسافر احدى وعشرين صلاة فما دونها لم يقض وان زاد قضي جميع ما اقامه لانه مقيم وان خرج بعد ذلك الى بلده او بلدة اخرى لم يقض ما سافر لانه في حكم السفر الواحد وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز وقد ذكرناه وفي المنتظم لابن الجوزي طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم سوده بنت زمعه فجعلت نوبتها لعايشة رضي الله عنها فراجعها هكذا ذكره ابن حبيب الهاشمي ولها ان ترجع في ذلك وقد اوضحناه قبل هذا والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

كتاب الرضاع

في مشارق الانوار للقاضي عياض الرضاع والرضاعة بفتح الرا وكسرها فيهما وانكر الاصمعي كسرها مع الها وفي الصحاح رضع الصبي امه يرضعها رضاعا مثل سمع يسمع سماعا واهل نجد تقول

رضع

رضع يرضع رضعا بكسر الضاد وفي المضارع مثل ضرب يضرب ضربا والمرضع التي لها لبن رضاع او ولد صغير ترضعه فان وصفتها بارضاع الولد ترضعه وقولهم لييم رضاع هو الذي يرضع ابله او غنمه ولا يحلبها كيلا يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفي المبسوط قيل ليس كتاب الرضاع من تصنيف محمد وانما عمله بعض اصحابه ونسبه اليه لتروج ولهذا لم يذكره الحاكم الجليل في المختصر وقال اكثرهم هو اول تصنيفاته ولكن داخل دهشته وانما لم يذكر الحاكم في المختصر اكتفا بما اورده من ذلك في كتاب النكاح قوله قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع حصل به التحريم والرضاع فعل الرضيع والارضاع فعل المرضعة قال ابو بكر ابن المنذر في الاشراف قليل الرضاع وكثيره سوا وروي هذا القول عن علي ابن ابي طالب وعبد الله ابن مسعود وعبد الله ابن عمر وعبد الله ابن عباس وبه قال الحسن ابن ابي الحسن البصري وسعيد ابن المسيب وطاووس وعطا ومكحول والزهري وقتادة وعمرو بن دينار والحكم وحماد والاوزاعي والثوري ووكيع وعبد الله ابن المبارك والليث ابن سعد ومجاهد من التابعين وزاد الشيخ ابو بكر الرازي عمر بن الخطاب والشعبي والنخعي قال ابن المنذر وهو قول اكثر الفقها وقال النواوي هو قول جمهور العلما وقال الليث اجمع المسلمون على ان قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد كما يفطر الصايم حكى ذلك عنه ابو بكر الرازي وابن قدامه في المغني وقالت طايفة لا تحرم المصه ولا المصتان وهو قول ابن الزبير وروي ذلك عن عايشة رضي الله عنها وسليمان ابن يسار وابن جبير واسحق قال ابو عبيد وابو ثور وداود وانما عوم الثلث من مفهوم لا تحرم المصه ولا المصتان وفي مصنف ابي بكر ابن ابي شيبه عن ابن الزبير ولا الثلث وفيه قول ثالث وهو قول الشافعي وابن حنبل في ظاهر المذهب وعنه ثلث وعنه واحده ذكرها ابن قدامة في المقنع وقال الرافعي وظاهر المذهب وجهان احدهما كقول ابي حنيفة والثاني ثلث رضعات واختاره مشايخنا وفيه قول رابع يروى عن عايشه انها قالت لا يحرم الا سبع رضعات وفيه قول خامس وهو ان المحرم عشر رضعات وهو قول حفصه قال ابن المنذر رويناه عن عايشه انها قالت لا يحرم الا سبع

رضعات و اختاره الليث الحديث وقال لولاه ما كان يجب ان يقال الا بظاهر
قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة تعلق الشافعي
بقول عايشة قالت كان فيما انزل من القران عشر رضعات معلومات
يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي فيما
يقرا من القران رواه مسلم قال الوايد له على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه
النسخ كان يقراها وفيه عنها قالت نزل في القران عشر رضعات معلومات
ثم نزل خمس معلومات وعنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم
المصة والمصتان رواه مسلم وفي لفظ لمسلم لا تحرم ملاجة ولا ملاجتان
رواه مسلم وفي لفظ له لا تحرم الرضعة والرضعتان او المصة او
المصتان والمصة كالعنه المرة من المص من علو والتمصيص المص في مهلة
ومَلِج مَلَجها اذا رضع من دخل والاملاج الارضاع ذكره في الصحاح وطلبة
الطلبة ولعامة اهل العلم قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم
من الرضاعة جعل الله تعالى علة التحريم فعل الرضاع قل او كثر وقال
الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القران اقتضى فعل الرضاع استحقاق
اسم الامومة والاخوة بوجود فعل الرضاع وذلك يقتضي وجوب
التحريم بقليل الفعل وكثيره ويصدق اطلاق الاسم عليه بذلك وهذا
لان حكمه تعلق بعلة في الشرع يثبت الحكم بوجوده لا بعدد منه ذكره في
المنافع وحجل لان عمر بن عباس يقول لا باس بالرضعة والرضعتين فقال قضا
الله خير من قضا ابن عمر وقال ابو بكر ابن العربي الحنفية تستغني بها عن
تمسكهم بالقران وهو ان الرضاع وصف يثبت بنفس الفعل وهذا
معلوم عرفا وشرعا فلما قال الله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ارتبط
التحريم بالرضاع مطلقا من غير تقييد بخمس او سبع او عشر ونحو ذلك فمن
قدره بعدد لا بد له القران عليه فقد رفع حكم الاية بامر مضطرب لا
يعول عليه وقال الحافظ ابو جعفر انا راينا الذي يحرم لا بعدد فيه
بل يحرم قليله وكثيره كمن وطي امراة بنكاح او بملك يمين او بشبهة مرة واحدة
يحرم على الواطي امها وبنتها ويحرم هي على ابيه وابنه كذا الرضاع فانه
بمنزلة النسب ولان الحكم اذا علق على شي نهايته غير معلومة يتعلق باول في
ما يصدق عليه الاسم كما لو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وروى سعيد
ابن المسيب عن علي ابن ابي طالب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال

ان

ان الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب قال الترمذي حديث حسن صحيح
قال ابن العربي في العارضة على ابن زيد هو ضعيف وفي حديث عايشة
انه صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى حرم من الرضاع ما حرم من الولادة
متفق عليه وفي البخاري ومسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
من غير تقييد بعدد كالقران وقال ابو الحسن بن بطال احاديث
عايشة مضطربة فوجب تركها والرجوع الى كتاب الله تعالى وحديث
الاملاجة والاملاجتان لا يثبت لانه يرويه مرة ابن الزبير
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومرة عن عايشة رضي الله عنها
ومرة عن ابيه ومثل هذا الاضطراب يسقطه وروى ابن ماجة عن
عايشة رضي الله عنها قالت كان مما انزل الله تعالى من القران ثم سقط لا
يحرم الا عشر رضعات او خمس معلومات على الشك وعن عايشة رضي الله
عنها لقد انزلت اية الرجم ورضاعة الكبير عشرا ولقد كان في صحيفة
تحت سريري فلما مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وتشاغلنا بموته
دخل داجن فاكلها رواه ابن ماجه وقال القاضي عياض في الاكمال لا
حجة في خمس رضعات لان عايشة رضي الله عنها احالت على انه قران
وقد ثبت انه ليس من القران ولا تحل القراة به ولا اثباته في المصحف
ان القران لا يثبت بخبر الواحد فيسقط التعلق به وقال النووي
في شرح مسلم اعترضوا على الشافعية بان حديث عايشة رضي الله عنها
هذا لا يحتج به عندهم وعند محققي الاصوليين لان القران لا يثبت
بخبر الواحد ولم يجب عنه والله اعلم قلت ولا يجوز العمل بالقراة الشاذة
ولهذا لم يشترط التتابع في صوم الكفارة بقراة ابن مسعود ويزعم
انها كالتفسير ومفهوم قوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم الرضعة
ولا الرضعتان يقتضي ان الثلث على مذهبه لانه يقول به وهو حجة
عنده والقراة الشاذة غير حجة عنده ولا يعمل بها فقد ترك ما هو
حجة عنده وعمل بما ليس بحجة عنده وهذا اعجب وعن ابن عباس انه قال
لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان كان فاما اليوم فالرضعة الواحدة
تحرم فجعل ذلك منسوخا حكاه عنه ابو بكر الرازي وقيل العشر والخمس
في رضاع الكبير لانه لا يكتفى بما يكتفى به الصغير وقد كان ذلك في
الكبير ثم نسخ وانما لا تحرم المصة ولا الملاجة لانها لا ينفصل بها اللبن

لضعف الصبي حتى يتكرر منه المص والمصة رواية بالمعنى عند الراوي
لانه اعتقد ان المصة ساول هي الرضعة فعبر عنها بالرضعة ويدل
عليه قول صاحب الصحاح الملج تناول الثدي باذني الفم فلا يلزم منه
انفصال اللبن الى جوف الرضيع وقال السرخسي في تفسير خمس رضعات
ان يكتفي الصبي بكل واحدة منها وقال النواوي رحمة الله عليه في
المنهاج وضبطهن بالعرف وهذا لان الحرمة وان كانت لشبهة
البعضية بنشوز العظم واثبات اللحم فهو امر باطن فدار الحكم
على نفس الفعل لتعذر الوقوف على حقيقة ذلك كالسفر والتقاء
الختانين وقوله وما رواه الشافعي رحمه الله مردود بالكتاب
يعني انه زيادة على الكتاب بخبر الواحد فلا يجوز على اصلنا او
منسوخ به لانا قد ذكرنا عن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان
ذلك ثم نسخ بالكتاب ومثله عن ابن مسعود رضي الله عنه وليس
للشافعي رحمه الله راوي هذا الحديث وانما هو عمل به وحديث ابن
مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا
ما انشر العظم وانبت اللحم ويروى ما انشز العظم والمراد به
رد رضاع الكبير فان ذلك لا يحصل برضاع لبن المراة الكبير
والحديث رواه ابو داود والنشر يروى بالراء المهملة اي شده
وقوله والانشار الاحيا قال الله تبارك وتعالى ثم اذا شاء انشره
ويروى بالزاي زاد في نحه فنشز اي ارتفع وهو من النشز وهو
المرتفع من الارض بسكون الشين وفتحها وفي الحديث كان اذا
اوفى على نشز كبر وفي الصحاح نشر ينشر نشورا اي عاش بعد
الموت ومنه يوم النشور وانظر الى العظام كيف ننشرها بضم
النون من الرباعي وفتحها من الثلاثي والنشز بسكون الشين
وفتحها مع الزاي المرتفع من المكان وجمع النشز انشاز ونشاز
مثل جبل واجبال ونشز الرجل ينشز وينشز نشزا اي ارتفع في
المكان وانشاز عظام الميت رفعها الى مواضعها وتركيب بعضها
على بعض ونشزت المراة تنشز بضم الشين وكسرها في المضارع
نشوزا اذا استعصت على بعلها ونشز بعلها عليها اذا ضربها
وجفاها ومنه قوله تبارك وتعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا

واصله

واصله الارتفاع وفي المحيط والذخيرة قليل الرضاع يحرم ان وصل الى
جوف الصغير وفي الينابيع القليل معتبر بما يعلم انه وصل الجوف
وفي الفتاوى بما اذا وصل لبن الادمية الى جوف الصبي في مدة الرضاع
كان رضاعا قليلا كان اللبن او كثيرا ولو جعل مخيطا او رايبا او شيرازا
مصاصه او جعل حيسا او اقطا لا يكون رضاعا وفي المنهاج قال
النواوي رحمه الله لو جبن او نزع زبده حرم وبه قال ابن حنبل
رحمه الله والله اعلم قلت وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما تبين
وعند بعضهم تثبت حرمة الرضاع في جميع العمر ثم مدة الرضاع
ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما سنتان وبه قال
الشافعي واحمد رحمهما الله وعند زفر رحمه الله ثلاث سنين واختلفت
المالكية بعد الحولين على ستة اقوال في المدة ونه لمالك الرضاع
بعد الحولين الى شهر او شهرين وفي المجموعة والمختصر ايام يسيرة وقال
عبد الملك الشهر ونحوه وفي المبسوط عنه يعتد بزيادة الشهر
وقاله سحنون عن ابيه وفي الحاوي مثله نقصان الشهر وقال الوليد
يحرم بعد الحولين الى ثلاثة شهور وذكر الداودي عنه يحرم بعد
سنتين ونصف وقال محمد ابن عبد الحكم لا يحرم ما زاد على الحولين حكى
هذه الاقوال السفاقسي في شرح البخاري وصاحب الجواهر وعند
البصري اربع سنين وقال بعضهم عشر سنين وقيل خمسة عشر سنة
وقيل عشرون سنة وقيل اربعون سنة وقيل جميع العمر للقاضي يعقوب
ومحمد ابن الحسن رحمة الله عليهما ومن قال بقولهما قوله تبارك وتعالى
والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة
وهو حرف المراد به الامر وهو ابلغ في الامر ولا اعتبار للزيادة بعد
الاتمام وقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقد اجمعنا على ان اقل
مدة الحمل ستة اشهر فبقي الفصال حولان وعن ابن عيينة عن عمرو بن
دينار عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا رضاع الا في الحولين رواه ابو الحسن الدارقطني وقال لم يسنده غير
الهيثم بن جميل والله اعلم قلت ابن عيينة مدلس فاذا قال عن عمرو لا يكون
حجة وقد ذكرنا ذلك غير مرة وروى له ابن ماجه وحده من اصحاب الكتب
الستة ووجه قول زفر انه لا بد من الزيادة على حولين لما بين والحول

جنس للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة الربيع اوفق الفصول
لانه حار رطب طبع الحياة والصيف حار يابس والخريف بارد يابس طبع
الموت والشتا بارد رطب فلعله بعد هذه الفصول يعينه على اكل الطعام
والصبر على ترك لبن امه ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى وحمله وفصاله
ثلثون شهرا ظاهره يدل على ان هذه المدة لكل منهما كالاجل المضروب له
مثاله قال لله علي دينار ودرهم الى شهر كان الشهر اجلا لكل منهما وكذا
لو باع غلاما وجارية بالف كل واحد بخمس ماية درهم الى سنة كانت السنة
اجلا لكل واحد من الثمنين الا ان المنتقص قام في احدهما وهو للحمل اوافل
مدة الحمل ستة اشهر فبقي الفصال على حقيقته الظاهر وهذا لان
رضاع الام في قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين والاية
لا يثبت به التحريم لما فيه من تحصيل الحاصل فعلم ان الانفصال المذكور
في الاية ليس فصال التحريم وانما هو في وجوب النفقة على الاب للوالدة
والاية ليست لبيان غاية الفصال وانما هي لبيان اقل مدة الفصال الا
ترى انه قرن بين الحمل والفصال واراد اقل مدة الحمل فكذا اقل مدة
الفصال والدليل على بقا مدة الفصال ان الله تبارك وتعالى قال بعد
ذلك فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور ذكر بعد الحولين عزم الفصا
فدل على بقا مدة الرضاع ولهذا احتيج الى تراضيهما على الفصال بعد
الحولين فيحمل على ان بعد الحولين لا يجبر الاب على اجرة الرضاع للام المطلقة
وفي الحولين يجبر عليهما وهذا اتفاق ولانه لا بد من مدة يتعود الصبي
فيها بالطعام فقدرت تلك المدة بادنى مدة الحمل وهو ستة اشهر وهم
فان غذا الجنين يغاير غذا الرضيع كما يغاير غذا الفطيم وفي المبسوط
الاية تقتضي ان يكون جميع المدة لكل واحد منهما الا ان الدليل قام
على مدة الحمل لا يكون اكثر من سنتين فبقيت مدة الفصال على
ظاهره وقيل المراد من حمله حمله في الايدي والفطام في مدة الرضاع
غير معتبر كما ان الرضاع بعدها غير معتبر وذكر الخصاف انه اذا
استغنى بالطعام لم يكن رضاعا وان لم يستغن تثبت به الحرمة وهو
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وروى الحسن عن ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان كان لا يجتزي بالطعام لكن اكثر الذي
يتناوله هو اللبن دون الطعام يكون رضاعا وان كان الاكثر هو الطعام

لا

242

لا يكون رضاعا وفي الذخيرة والروضة فطمت في السنتين واستغنت بالطعام
ثم رضعت في المدة من امراة اخرى لا يكون رضاعا وان لم تستغن كان رضاعا
ذكره الخصاف في رضاعه وفي امالي بشر بن الوليد هو رضاع وفي عمدة
الفتاوى ان خيف عليه الهلاك بالفطام قبل سنتين ونصف يطالب
بالاجرة وفي المحيط الرضاع بعد الفطام لا يحرم عند ابي يوسف وعند
محمد لا اعتبار بالفطام في الحولين بل ذلك رضاع محرم وفي الوبري الاعتبار
لاقل من سنة ونصف في الفطام في قولهم لان فطمه فيما دون ذلك يضر بالصبي
وفي الاسبيجابي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر لا رضاع بعد
مضي المدة فطام او لا والله اعلم **قوله** واذا مضت مدة الرضاع على
اختلافهم لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد
فصال ولا يتم بعد احتلام رواه ابو داود والطيالسي في مسنده من حديث
جابر رضي الله عنه وفي حديث عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال انما الرضاعة من المجاعة رواه البخاري ومسلم قال عياض في
مشارق الانوار اي حرمتها في التحليل والتحريم في حال الصغر رجوع
اللبن وتعديته وفي المحيط اي مجاعة لا يسد فيه الا باللبن في حالة الصغر
وفي لفظ من المجاعة وعن ام سلمة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعا في الثدي وكان قبل الفطام
رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ولان الحرمة باعتبار النشو
والنشو ذلك في مدة الرضاع اذ الكبير لا يترجى بلبن المراة يقال نشا
الغلام نشا اذا شب وارتفع فهو ناشي للحديث الذي جاء وجد الصغير
وقد جا النشو في مصدره على فعول وقولهم لمعنى النشو والنمو على القلب
والادغام للازدواج وفي الوبري والينابيع الرضاع كالنسب في ثبوت
الحرمة خاصة وفي غيرها كالاجانب وفي الرافعي انما يحرم الرضاع في تحريم
النكاح وحل الخلوة والنظر دون ساير احكام النسب **قوله**
لا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استغنى
عنه وقد ذكرنا ذلك قبله مستوفى ثم قيل لا يباح الارضاع بعد مدة
الرضاع لان اباحته للحاجة لكونه جز الادمية ولا حاجة بعد مدته
ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد ذكرنا فيه عدة احاديث
صحاح الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز له ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج

ام اخيه من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه ولا كذلك في الرضاع ويجوز ان يتزوج اخت ابيه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امه حرمت بنتها عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وهو تخصيص للحديث بدليل عقلي وفي المحيط استثنى امراتين كما في الكتاب وفي الاسبيجابي كل من يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع ولم يستثن والصواب الاستثنا وجمع بعض الفقها المسايل التي يفارق حكم الرضاع حكم النسب في النكاح فقال مرتجزا

يفارق الارضاع حكم النسب ۞ في خمسة مسطورة في الكتب
ام اخ وام اخت سيدي ۞ وام ام الابن فاعقد سندي
وهكذا وقعت اخت الولدي ۞ فاقتبس العلم كما تهتدي
وام عم ثم ام عمة ۞ فافهم معاني لا التي عمة
وام خال ثم ام خالة ۞ والحق لا يخفى من الجهالة
نكاحهن في الرضاع واقع ۞ وما عداه فالدليل مانع

وفي المبسوط امراة ارضعت ابن رجل جاز له التزوج بها لانها ام ولده وكذا لو ارضعت اخاه لانها صارت ام اخيه وام اخته من النسب يجوز له التزوج بها فمن الرضاع اولى وكذا لو ارضعت عمته او خالته او بنت ابيه او بنت بنته وفي قنية المنية ارضعت ابن رجل وللمرضعة ام يجوز لذلك الرجل ان يتزوجها وكذا يجوز له ان يتزوج بنت المرضعة التي ارضعتها مع ابيه وامراة ابيه وامراة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب للحديث الذي قدمناه في اول الباب وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني واباحة حليلة ابنه بالتبني والله اعلم قوله ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع امراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها الذي نزل لها منه اللبن ويصير ابا للمرتضعة وفي الروضة ارضعت صبيا او صبية فقد صار ابن زوج المرضعة وابيها وامها وبنتها من الرضاعة فلا يجوز لزوجها ان يتزوج بامراة هذا الرضيع لانها امراة ابنه من الرضاعة ولا للصبي ان يتزوج بامراة هذا الرضيع لانها امراة ابيه من الرضاعة ولا للصبي ان يتزوج بزوجات الرجل لانهن زوجات الاب من الرضاعة ولا باخته لانها عمته ولا بام لانها جدة ام امه والاما والاولا بنت الرجل

لانهن

لانهن بنات اخته لابيه والاما والاولاد بنت المرضعة لانهن اولاد اخته من الام ويجوز له ان يتزوج ببنات اخت الزوج وبنات اخته لانهن بنات عمه وعمته من الرضاعة وبنات اخت المرضعة واختها لانهن بنات خالته وخاله فاذا ارضعت صبيا ولها ابن يجوز لاخي الرضيع ان يتزوج بها سوا كان مولودا قبله او بعده لانه لا رضاع بينهما كما يجوز ذلك من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وياتي بعض هذه المسايل ان شا الله تعالى وفي الذخيرة وعدة المفتي رجل له بنت وابن ارضعتهما امراة لم يكن للاب ان يتزوج ببنات تلك المراة اما قبل الرضاع واما بعده من هذا الزوج ولا من غيره لثبوت الاخوة بين الاب والبنت وبين جميع اولاد المرضعة وكذا بينهما وبين جميع اولاد الرجل منها ومن غيرها من الزوجات والسراري فان ذلك للرضيع ذكرا او للمرضعة ولدا او لاولاد المرضعة اولادا او لزوجها اولاد تجوز المناكحة بينهم لان الانثى بنت عم الذكر من الرضاع وقد ذكرنا ذلك وهذا قول العلما كافة منهم الايمة الاربعة قال النواوي وخالف فيه اهل الظاهر وابن علية ونقل المازري ذلك عن ابن عمر وعايشة رضي الله عنهما وعنهم قال المنذري وهو قول ابن الزبير ايضا وغيرهم من التابعين وهو مذهب الظاهرية وابن بنت الشافعي قال وقيل لا يصح ذلك عن عايشة رضي الله عنها قال ابن اسد كان مذهبها على خلاف ذلك وفي المحيط وهو قول مالك وبشر وفي المبسوط والكتاب وهو احد قولي الشافعي رحمه الله تحت قول مالك والشافعي رحمهما الله كقول الجمهور وقال الشافعي تنتشر الحرمة الى الفحل خارج عن القياس لان اللبن ليس ينفصل منه وانما ينفصل منها والمتبع الحديث والله اعلم قلنا الفحل سبب لنزول لبنها بواسطة احبالها فينفصل اللبن منه بحكم السببية عن عايشة رضي الله عنها قالت دخل علي افلح اخو ابي القعيس فاستترت منه قال تستترين مني وانا عمك قالت قلت من اين قال ارضعتك امراة اخي قالت قلت انما ارضعتني المراة ولم يرضعني الرجل فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال انه عمك فليلج عليك رواه البخاري ومسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه قال النواوي في المنهاج رحمة الله عليه وفي رواية ابن ابي قعيس وفي رواية ابي قعيس

والصواب الاول وقد ثبت انه صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب الرحم والحرمة النسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم اين انت من ابنة حمزة او لا تخطب بنت حمزة ابن عبد المطلب قال ان حمزة اخي من الرضاعة رواه مسلم وقالت عايشة رضي الله عنها تخطب دره بنت ابي سلمه قال لو لم تكن ربيبتي ما كانت تحل لي ارضعتني واباها ثويبه وقال ابو داود ودرّه ما شك من زهير قال النواوي وحكى عياض عن بعضهم رواه كتاب مسلم دره وهو تصحيف قال المنذري المحفوظ الاول وفي المبسوط لما عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت ابي سلمة قال ذلك والله اعلم قلت زينب راويه عن ام سلمه وليست المعروضه وثويبه مولاه ابي لهب قبل حليمة وفي الروضة والذخيرة لو ولدت من رجل فارضعته ثم ارتفع لبنها ثم در لها لبن فارضعت صبيا ولهذا الصبي ان يتزوج بنت ذلك الرجل وليس هذا لبن الفحل فان لم تلد من زوجها ونزل لها لبن فليس اللبن من زوجها ذكره الحسن بن زياد في النكاح وفي الذخيرة لو لم تلد منه ونزل لها لبن فهو من المراة دون الزوج فان ولدت من الثاني فاللبن بعد الولادة له وقبلها للاول وان دخل وقت ظهور لبن الحمل الثاني وفي قول للثاني وفي قول لهما ولو ان امراة طلقها زوجها او مات عنها وانقضت عدتها فارضعت صبية فانه يثبت حرمة الرضاعة بين زوجها المطلق وبينها وكذا لو تزوجت ثم ارضعت ما لم تحبل من الثاني فان حبلت ونزل لها لبن فاللبن من الاول عند ابي حنيفة رحمه الله حتى تضع فيكون من الثاني وقال ابو يوسف رحمه الله ان عرف انه من الثاني فهو من الثاني وفي المحيط هذه روايه عن ابي يوسف وقال محمد رحمه الله واستحسن ان يكون منهما حتى تضع من الاخر وفي الذخيرة طلق امراته ولها لبن منه وانقضت عدتها وتزوجت فوطيها الثاني اجمعوا على انها اذا ولدت من الثاني فاللبن منه وينقطع من الاول واجمعوا على انها لو لم تحبل من الثاني فاللبن من الاول اما حبلت ولم تلد قال ابو حنيفة رحمه الله هو من الاول وقال ابو يوسف ان علم انه من الثاني بامارة وفي المبسوط بزيادة فهو من الثاني وان علم انه من الاول او جهل فهو من الاول وفي اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله ان على قول ابي يوسف

من

من الثاني بكل حال وفي رواية الحسن عنه من الاول كقول ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد هو منهما استحسانا وفي الينابيع وهو قول زفر الى ان تلد من الثاني فاذا ولدت فهو منه بالاتفاق وفي المحيط اذا كان للمطلقه لبن وحبلت من الثاني ولم تضع قال ابو يوسف رحمه الله ان كان اللبن من الاول غالبا فالحرمة منه وان كان من الثاني غالبا فهو من الثاني وان استويا فمنهما وفي المبسوط والينابيع ان ازداد لبنها بسبب الحمل فهو منهما ولو ولدت من الثاني سوا وينقطع الحرمة من الاول وفي المحيط عن ابي يوسف رحمه الله في قوله الاخر وهو قول محمد للحرمه منهما جميعا حتى تضع وفي الذخيرة اذا كان لرجل امراتان حملتا منه فارضعت كل واحده صغيرا فقد صارا اخوين لاب من الرضاع والفقها يسمون هذا اللبن لبن الفحل فان احداهما التي لا يحل النكاح بينهما وان كانا اثنتين لا يحل الجمع بينهما فان ارضعت احداهما صبيين صارا اخوين لاب وام من الرضاع ولا يحل لهذا الرضيع ان يتزوج امراة وطيها هذا الزوج ولا للزوج ان يتزوج امراه وطيها هذا المرتضع ولو زنا بامراه فولدت منه فارضعت منه صبيه لا يجوز لهذا الزاني ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابنه ولا لابنا اولاده لوجود البعضية بينهن وبين الزاني ولعم الزاني وخاله ان يتزوج بها كالمولود من الزنا ذكره في المحيط وفي الوبري لها لبن من غير ولادة وارضعت به صبيه كانت الحرمه من قبل الام خاصة وفي الينابيع اللبن الحاصل بسبب ولد الزنا هو من الام خاصة وان ثبت نسبه كالوطي بشبهة كان اللبن منهما وفي الاسبيجابي لبن ولد الزنا من الام خاصة ولا يكون منهما الا اذا ثبت نسب الولد وفي الجواهر لا يعتبر ان كان اللبن من وطي حلال على اشهر الروايتين والضابط ان كل وطي يلحق فيه الولد ويدرا الحد فالحرمة تنتشر وان وجب الحد ولم يلحق نسب الولد لا تنتشر وان لم يلحق الولد ولا يجب فيه الحد ففيه روايتان الاخرى انتشارها والمرضعه امه بلا خلاف ولو كان لبن المطلقه دارا فرضعها ابن المطلق ولو بعد عشر سنين الى ان ينقطع ثم يحدث لها لبن اخر فينقطع بسببه عنه وقيل ينقطع بوطي زوج ثان وان دام لبن الاول فعلى الاول لو ولدت او حملت ينقطع بالحمل وقيل بالولادة وفي كتاب محمد

لا ينقطع الا بانقطاع لبنه وحيث الحكم بانقطاعه فالولد لهما انتهى كلام المالكية
وفي المنهاج اللبن لمن نسب اليه الولد ونزل به اللبن بنكاح او وطي بشبهة
وفي الرافعي على الاصح لا زني ولا المنفي بلعان ولو وطيت منكوحة بوطي او بشبهة
اثنان بشبهة فاللبن لمن لحق الولد به بالقايف او غيره وان مات الزوج او
طلق فاللبن له وان طالت مدته وان انقطع ثم عاد وفي الرافعي لبن المطلقة
للمطلق ولو بقي عشر سنين الى ان تضع حملا بوطي غيره وفي مدة الحمل اللبن
للثاني على وجه وللاول على وجه ولهما على وجه هذا اذا انقطع ثم عاد اما
اذا لم ينقطع فهو للاول على وجه ولهما على وجه وقبل ان تحبل للاول وبعد
الولادة للثاني ولو لم يطاها الثاني او وطيها ولم تحبل او حبلت ولم يدخل
وقت حدوث اللبن للثاني فاللبن للاول وان زاد في اصح الاقوال الثلاثة
وهو قول ابي حنيفة رحمه الله عليه وفي الخزانة اذا انزل لها لبن قبل الولادة
فاللبن لها دون الزوج وفي التبصرة للمالكية الحرمة تقع باللبن من الوطي
اذا انزل ويكون ابا وان لم ينزل لم تحرم وفي المقنع لا تحرم المرضعة على
ابي المرتضع ولا على اخيه ولا تحرم المرتضع ولا اخته على ابيه من الرضاع
ولا على اخته ولو ارضعت بلبن ولدها من الزنا طفلا صار ولدها ولا تحرم
على الزاني حرمة المصاهرة دون الرضاع في حقه في ظاهر قول الخرقي وقال
ابو بكر منهو يثبت واذا حملت المراة وبان لها لبن فارضعت به طفلا صار
الطفل ابنا لها بلا خلاف وابنا لمن ينسب اليه الحمل وفي الروضة الرضاع
في دار الاسلام ودار الحرب ولو ارضعت ابن رجل يجوز له ان يتزوج بالمرضعة
لا بنت ولده من الرضاع وكذا لو ارضعت اخته والله تعالى اعلم

قوله وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد لم يجز لاحدهما ان يتزوج
بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت سوا كان اجتماعهما
على ثدي واحد في زمن واحد او في ازمنة مختلفة متباعدة ذكره في الينابيع
ولو ان امراة لها بنون واخرى لها بنات فارضعت التي لها بنات ابنا من بني
الاخرى فان بناتها تحرم على ذلك الابن بعينه ولا تحرم واحدة من بناتها على
ساير بني المراة لعدم اجتماعهم على ثدي امراة واحدة فلو كانت ارضعت
بنتا حرمت على جميع بنيها وغيرها من بناتها تحل لابن المرضعة فلو كانت ام
البنات ارضعت احدى البنتين وام البنتين ارضعت احدى البنات لم يكن
للابن المرتضع من ام البنات ان يتزوج واحدة منهن ولا لاخوته ان يتزوجوا

بنات

بنات الاخرى الا البنت التي ارضعت من امهم وحدها لانها اختهم من الرضاع
والله اعلم **فرع** زوج ابنه الصغير امراة فارتدت ثم اسلمت فتزوجها
رجل فولدت فارضعت زوجها بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى
سيدها لان الزوج صار ابنا لها وللسيد من الرضاع ولانها موطوة ابنه
من الرضاع وحرمت على السيد باعتبار انها زوجة ابنه من الرضاع
وفي المبسوط اذا ارضعت ابنه لم يكن لاحد من اولاد المرضعة من كان
قبل الرضاع وبعده ان يتزوج تلك الرضيعة وعند بعض العلما لا
تثبت الحرمة فيما انفصلوا قبل الرضاع وانما تثبت فيمن حدث
بعده وكذا لا يتزوجها ولد ولد ولدها وان سفلوا ولا يتزوج المرضعة
احد من ولد التي ارضعت لانه اخوها من الرضاع ولا ولد ولدها
لانه ابن اختها ولا يتزوج الصبي المرتضع اخت زوج المرضعة
لانها عمته من الرضاع وقد ذكرنا جملا من هذا الجنس قبل هذا
اعلم ان عامة الصحابة وفقها الامصار اتفقوا على ان حرمة الرضاع
لا تثبت في حق الكبير ولا في حق الصغير بعد مدة الرضاع وعند
الليث بن سعد وعطا والظاهرية وقالوا اثبتت الحرمة مطلقا
وثبت ذلك عن عايشة رضي الله عنها وقالوا الحديث عايشة وام سلمة
ان ابا حذيفة كان تبنى سالما وانكحه ابنة اخيه هند بنت الوليد
ابن عتبة وهو مولى لامراة فجاءت سهلة بنت سهيل بن عمرو وهي امراة
ابي حذيفة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله كنا نرى سالما
ولدا وكان ياوي معي ومع ابي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا
وقد انزل الله عز وجل فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه فقال لها النبي
صلى الله عليه وسلم ارضعيه فارضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها
من الرضاعة فبذلك كانت عايشة رضي الله عنها تامر بنات اخوتها واخوا
تها ان يرضعن من احبت عايشة ان يراها ويدخل عليها وان كان كبيرا
خمس رضعات وابت ام سلمة وساير ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
يدخل عليهن بتلك الرضاعة من الناس حتى يرضع في المهد وقلن لعايشة
رضي الله عنها ما ندري لعلها كانت رخصة من النبي صلى الله عليه وسلم
لسالم دون الناس اخرجه البخاري ومسلم وابو داود والنساي وابو
حذيفة اسمه قيس وقيل هاشم وكان من فضلا الصحابة هاجر الهجرتين

وصلى للقبلتين وهو من المهاجرين الاولين وسالم ابو عبد الله بن معقل
كان من خيار الصحابة ومن فضلاء الموالي ويعد في قريش لتبني حذيفة
له ويعد في المهاجرين لهجرته ويعد في الانصار لان معتقته انصارية
ويعد في العجم لانه فارسي من بني كرمان ويعد في القراء ذلك وقولها
فضلا بضم الفاء والضاد المعجمة على وزن طلب يعني كانت في ثوب
واحد بغير ازار والثوب متفضلا ولفقها الا مصار حديث عايشة
رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل قال
حفص وهو ابن عمر فشق ذلك على النبي صلى الله عليه وسلم وتغير
وجهه قالت يا رسول الله انه اخي من الرضاعة فقال انظرن من اخوانكن
فانما الرضاعة من المجاعة رواه البخاري ومسلم وابو داود والنسائي
وقد تقدم ومعناه ان الرضاعة التي تقع بها الحرمة هي ما كان
في الصغير والرضيع طفل يقويه اللبن ويسد جوعته واما ما كان
منه بعد ذلك في الحال التي لا يسد جوعته الا الخبز واللحم وما في معناهما
دون لبن المراة فلا حرمة له وعن ابي موسى الهلالي عن ابيه عن ابن
لعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال لا رضاع الا ما شد العظم وانبت اللحم وروي موقوفا فقال ابو
موسى لا تسالوا وهذا الحبر فيكم رواه ابو داود وسيل ابو حاتم
الرازي عن ابي موسى الهلالي فقال هو مجهول وابوه مجهول وفي
المبسوط روي ان اعرابيا ولدت امراته فمات الولد فانتفخ ثديها
من اللبن فجعلت تمصه وتمج فدخل اللبن في حلقه فجا الى ابي موسى
الاشعري فساله عن ذلك فقال حرمت فجا الى ابن مسعود رضي الله عنهما
فقال هي حلال لك فاخبره بفتوى ابي موسى فقام معه الى موسى واخذ
باذنه فقال ارضع فيكم هذا اللحياني فقال ابو موسى الاشعري لا تسالوا
في عن شي ما دام هذا الحبر فيكم وفي المنافع قال ابن مسعود لابي
موسى الاشعري وكان في جماعة ارضع فيكم هذا اللحياني فقال ابو موسى
الاشعري لا تسالوني عن شي ما دام هذا الحبر فيكم والذي ذكره صاحب
المبسوط رواه ابو داود والدارقطني عن ابي موسى الهلالي عن
ابي موسى الاشعري وذكره سهو وليس فيه اخذ باذنه واللحياني الكبير
اللحية وقصة سالم اما مخصوصة به واما منسوخة لانها كانت في

اوايل

اوايل الهجرة والحكم الثاني رواه احداث الصحابة وجماعة اخر اسلامهم كابي
هريرة وابن عباس رضي الله عنهم وغيرهما وهو ظاهر في النسخ لا خفاء فيه
ذكره المنذري قالوا لعلها حلبته ثم شربه من غير ان يمس ثديها
ويحتمل انه مشبه للحاجة كما خص بالرضاعة مع الكبير وعن زينب
بنت ام سلمة رضي الله عنها قالت قالت ام سلمة لعايشة رضي الله عنها
اما لك في رسول الله صلى الله عليه وسلم اسوة ذكره الضيا عبد الواحد
في احكامه وانتفع الغلام ونفع فهو انتفع ونافع اذا قارب البلوغ
والله اعلم قوله واذا اختلط اللبن بالما واللبن هو الغالب
تعلق به التحريم وان غلب الما لم يتعلق به التحريم وبه قال مالك
وخالفه ابن الماجشون ومطرف وفي الرافعي لو كان اللبن مغلوبا
يتعلق به التحريم في اصح الوجهين واذا قلنا فان شرب جميع المخلوط
تعلق به التحريم وان شرب بعضه فوجهان ولو اختلط باقل من
قلتين من الما وشرب كله فقولان وان شرب بعضه فقولان مرتبا
بهما وان امتزج بقلتين وشرب بعضه لا يتعلق وان شرب كله فقولان
وفي المغني اللبن المشوب بغيره والمحض سوا وحكى ابو حامد انه لا يحرم
المغلوب وهو قول ابي ثور والحكم للغالب قال ابن قدامة في المغني
هذا اذا كان صفة اللبن باقية فاما اذا اصب في ما كثير لم يتغير به لم تثبت
به الحرمة وحكي عن القاضي من الحنابلة انه يثبت به وهو قول الشا
فعي لحصول اجزا اللبن في بطنه ولنا ان اللبن المستهلك في الما لا يحصل
به التغذي ولا انبات اللحم ولا انشاز العظم وقد تقدم ولا يسمى
رضاعا ولا وجورا فلا يعتبر وصار كالو حلف لا يشرب لبنا لا يحنث
بشرب الما الذي فيه اجزا اللبن وان اختلط به الطعام لم يتعلق به
التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا كان
اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال صاحب الكتاب قولهما فيما اذا لم تمسه
النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم اتفاقا وفي الذخيرة اذا اختلط
بالطعام ولم تمسه النار ان غلب اللبن تعلق التحريم به عندهما وعند
ابي حنيفة رحمة الله عليه لا يثبت وشرط القدوري رحمه الله على شرط
ابي حنيفة رحمه الله ان يكون الطعام مستثنا كالثريد قيل هذا اذا لم يتقاطر
اللبن عند حمل اللقمة فان تقاطر تثبت به الحرمة وقيل لا تثبت به الحرمة

بكل حال واليه مال السرخسي ولا يعتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده لان
الطعام هو الاصل في التغذي وذكر خواهر زاده على قول ابي حنيفة
رحمه الله انما لا يثبت اذا اكل لقمة لقمة اما اذا احساه حسوا ثبت به
الحرمة وقيل اذا وصل اللبن الى حلقه منفردا فلا خلاف فيه واذا تناول
الثريد فلا خلاف فيه وفي كتاب الرضاع للخصاف اذا ثردت له خبزا في
لبنها حتى شرب الخبز ذلك اللبن او لتت به سويقا فاطعمته اياه
ان كان طعم اللبن يوجد فهذا رضاع وذكر صاحب الاجناس انه قولهما
وفي الرافعي لو ثردت في اللبن طعاما او عجنت به دقيقا وخبزته
تعلقت الحرمة به وفي العجن والخبز وجه عن القاضي حسين والله اعلم
لهما ان العبرة للغالب كما في اختلاطه بالماء اذا لم يغير شيء عن حاله ولابي
حنيفة ان اللبن تابع في الطعام والاصل هو الطعام ولا اعتبار
للتبع كالمغلوب فان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم
لان اللبن مقصود فيه لتقوية الدواء على الوصول وفي المنتقى فسر
الغالب في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله فقال اذا جعل
في لبن المراة دواء فغير لونه ولم يغير طعمه او على العكس فاوجر به
صبي حرم وان غير الطعم واللون فلم يوجد طعم اللبن وذهب لونه
لم يحرم وفسر الغلبة في رواية الوليد عن محمد رحمه الله فقال اذا لم يغير
الدواء من ان يكون لبنا تثبت به الحرمة وقيل عند ابي حنيفة رحمه
الله هو بمنزلة خلطه في الطعام وفي الرافعي عند الاكثرين ان ظهر
لون اللبن او طعمه او رائحته في المخلوط فاللبن غالب والا فهو
مغلوب وان اختلط لبنها بلبن شاة ولبنها غالب تعلق به التحريم
وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم والله اعلم قلت وكذا هذا في
اختلاطه بسائر البان الانعام وبالماء وبالدواء ولم يذكر والحكم فيما
اذا كانا متساويين وينبغي ان تثبت الحرمة احتياطا ولانه غير
مغلوب فلم يكن مستهلكا ويشهد له ما ذكرنا قبل هذا وهو انها لو
حملت من الزوج الثاني فكان اللبن الاول غالبا فهو منه وان كان لبن
الثاني غالبا فهو من الثاني وان استويا فمنهما والله اعلم قوله
وان اختلط لبن امراتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد وزفر يتعلق التحريم بهما وهكذا في المحيط وفي

المبسوط عن ابي حنيفة رحمه الله عليه روايتان في رواية مع ابي يوسف
وفي رواية مع محمد وفي عمدة الفتاوى قال ابو يوسف رحمة الله عليه
لو صب رطل من لبن امراة وخلط بارطال من لبن امراة اخرى لا يتعلق التحريم
بلبن صاحب الرطل اذا اوجر به الصبي ومحمد رحمه الله يقول ان المغلي
لا يختلف بالزيادة بل يتقوى بها وكل واحد محرم لانه سبب لانشاز اللحم
وانشار العظم ويستوي فيه قليله وكثيره والجنس لا يغلب الجنس فانه لا
يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وهما يقولان يجعل الاقل تبعا
للاكثر في بناء الحكم عليه كما لو اختلط بلبن الانعام واوجر به وان اتحد
المقصود واصل المسالة في الايمان اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة
فخلط لبنها بلبن غيرها فشربه يعتبر الغالب عندهما وعند محمد يحنث
مطلقا ولا يعتبر الغالب وقول محمد اظهر واحوط فيه وفي الرافعي
اختلط لبن امراتين وغلب احدهما فان علقنا الحرمة بالمغلوب تثبت
الحرمة منهما والا اختصت بالتي غلب لبنها واذا نزل للبكر لبن فارضعت
به صبيا تعلق به التحريم وفي المغني نزل لها لبن من غير وطء فارضعت
به طفلا تثبت به الحرمة وبه قال مالك والثوري والشافعي رحمهم الله
واصح الروايتين عن ابن حنبل قال ابو بكر بن المنذر وهذا قول كل من حفظ عنه
وفي رواية عنه لا تثبت به حرمة الرضاع وهو وجه للشافعية فان ذلك
نادر فلا يترتب عليه حكم وللجمهور وفقهاء الامصار اطلاق النص ولانه
سبب النشوز والنمو فيثبت به شبهة البعضية كالموطوءة فان قيل رجل
زوج امه وهي عذراء كيف يكون ذلك فقل صغير له اخت بكر نزل لها اللبن
فارضعت اخاها الصغير فكبر فتزوجها وهي امه من الرضاع عذراء واذا حلب
لبن المراة بعد موتها فاوجر به صبي تعلق به التحريم وهو قول الائمة الثلاثة
واصحابهم وكذا عند الشافعي اذا حلب لبنها قبل موتها فاوجر به في اصح
الوجهين وهو المنصوص ذكره الرافعي وان حلب بعد موتها او رضع من ثدي
الميتة لا يثبت به حرمة الرضاع وذكر صاحب المبسوط له مدركين
احدهما ان اللبن محله الحياة فيموت بموتها فيكون نجسا فلا يفيد حرمة الرضاع
والمدرك الثاني ان هذا الفعل حرام وحرمة الرضاع كرامة فلا ينال به الحرمة
كالزنا في ثبوت حرمة المصاهرة عنده وفي الكتاب هو يقول الاصل في ثبوت
الحرمة انما هو المراة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لا تبقى محلا لها
ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة وهكذا ذكره في خزانة الاكمل وعلل في الرافعي

بانه لبن حرام قلنا هذا ممنوع ولو سلم لا يمنع ذلك من ثبوت الحرمة لما فيه من انبات
اللحم وانشار العظم وهو العلة المعتبرة في الباب ويبطل بما لو خلطه خمر واللبن
غالب فانه يتعلق به التحريم وهو حرام نجس ذكره الرافعي وغيره ولا يحل شربه
بالاجماع وكذا لو كان اللبن مغلوبا في اصح الوجهين واذا قلنا بالاصح فان شرب
جميع المخلوط تعلق به التحريم وان شرب بعضه فوجهان وصار كما لو حلب
في اناء نجس وحرمة الرضاع بعد في الميتة دفنا وتيمما من غير بدل لانه
يحرم بها بخلاف الاجنبي اما المحرم بالوطي انما يكون لكونه تلاقيا محل الحرث
وقد زال بالموت فافترقا وقال ابو اسحق المالكي المص من ثدي الميتة
يحرم وقيل لا يحرم ولا يحل له واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم
وهو قول مالك والمنصوص عن احمد والاظهر عند الشافعية هكذا في
المنهاج وفي الرافعي هو اصح القولين ويقال انه الجديد وعن محمد انه
تثبت به الحرمة كما يفسد الصوم والفرق على الظاهر ان المفسد
في الصوم اصلاح البدن والفطر ما دخل ويوجد ذلك في الدواء والمحرم
في الرضاع معنى النشو ولا يوجد هذا في الاحتقان لانه بالغذاء وهو
من الاعلى لا من الدبر وفي الينابيع لو اقطر في اذنه او احليله او وصل
من جائفة او امة لم تثبت الحرمة بذلك وكذا لو احتقن به وعند محمد
رحمه الله يتعلق به التحريم وفي المبسوط عن محمد رحمه الله تعلق به
وبالاقطار في اذنه والسعوط والوجور يثبت بهما التحريم بالاتفاق
وهو الاصح عند ابن حنبل وبه قال مالك والشافعي رحمة الله عليهما في
الوجور وللشافعي في الاسعاط على المذهب وقال داود لا يثبت بهما
لانه ليس برضاع وهو قول عطا الخراساني في السعوط وهو صب اللبن
في انف الصبي والوجور صبه في حلقه واحتقن لازم لا متعدي من الرضيع
وضم التا غير جائز وجوابه حقن بضم الحا وعولج بالحقنة هكذا في المغرب
والله اعلم **قوله** واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبي لم يتعلق به
التحريم وهذا اجماع وعن الكرابيسي من الشافعية انه يتعلق به التحريم
وليس بشي وحكى ابو اسحق المالكي رواية عن مالك بكراهة نكاح من ارضعه
الرجل لان ذلك ليس بلبن على الحقيقة فصار كما لو نزل من ثدي البكر
ما اصفر ولان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة وفي المغني لبن
الخنثى كلبن الرجل واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما
وهو اجماع ايضا وحكى شمس الائمة السرخسي في المبسوط ان محمد بن اسماعيل

بن ابراهيم بن المغيرة البخاري الجعفي بالولاء واسلم المغيرة على يد يمان والبخاري
صاحب الاخبار دخل بخارى وجعل يفتي فقال له الشيخ الامام ابو حفص
الكبير لا تفعل لست هنالك فابى ان يقبل نصحه حتى استفتي في هذه
المسئلة فافتى بثبوت حرمة الرضاع بين الصغيرين ارتضعا من لبن
شاة فاخرجوه من بخارى بسبب هذه الفتوى لانه لا حرمة بين الادمي
والبهائم والحرمة باعتبارها ولان ثبوت الحرمة بطريق الكرامة وذلك
يختص بلبن الادمية دون البان الانعام فصار كحرمة المصاهرة لانها لا
تثبت بوطي البهائم ولان فيه خرق الاجماع قبله وفي زمانه **قوله**
واذا تزوج رجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج
لجمعه بين الام والبنت رضاعا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة
جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف مهرها ويجوز انشاء
العقد عليها ولا يجوز على الكبيرة والام ترضاع وان كان فعلها لكن فعلها
غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها وفي الذخيرة اذا كان تحته
كبيرة وصغيرة فارضعت الصغيرة ام الكبيرة او اختها نسبا وعمتها او خالتها
لم تبن واحدة منهما وان طلق الكبيرة وارضعت الكبيرة الصغيرة
والكبيرة بعد في العدة بانت الصغيرة ولو تزوج صغيرة فارضعتها امه
من الولادة او الرضاع حرمت عليه قال محمد رحمه الله رجل له امراتان
كبيرة وصغيرة ولابنه كذلك فارضعت كبيرة الاب صغيرة الابن وكذا ارضعت
كبيرة الابن صغيرة الاب حرمت الصغيرتان عليهما ونكاح الكبيرتين باق له
رجل له امراتان صغيرتان فجاءت امراتان لاجنبي فارضعت كل واحدة منهما
احدى الصغيرتين معا وبعده ما بانتا بالفساد فلا ضمان عليهما للزوج
فيما ادى من مهر الصغيرتين اذ الفساد ما كان بصنع واحدة دون صاحبتها
وفي المحيط تزوج ثلث صبايا فارضعتهن امراة على التعاقب حرمت الاولى
والثانية دون الثالثة اذ الاولى والثانية صارتا اختين عند رضاع
الثانية فحرمتا عليه والثالثة صارت اختهما بعد زوال نكاحهما
فلا جمع فان ارضعتهن معا حرمن عليه فان ادخلت ثديها في فم صبيتها
واوجرت الاخرى بلبنها معا وكذا ان ارضعت الاولى ثم الاخريين معا
وان كن اربعا فارضعتهن متعاقبا حرمن وكذا معا ثم يرجع الزوج بنصف
مهر الصغيرة على الكبيرة فيما تقدم ان كانت تعمدت افساد نكاحهما وفسر

محمد رحمه الله عليه تعمد الفساد فقال هو ان تعلم ان الرضاع يحرمها على الزوج في الشرع وان لم تكن تعلم ذلك لم تكن تعمدت الفساد والقول قولها مع يمينها ان لم تتعمده ثم لها السكنى في عدتها دون النفقة هذا اذا لم تخش عليها التلف والهلاك بالجوع اما اذا خافت عليها فلا رجوع عليها وعن محمد يرجع عليها في الفصول كلها تعمدت الفساد ام لا لتحقق القصر والاصطلاح عنده وهو قول بشر وعندهما يشترط في السبب التعدي وان لا يتخلل فعل فاعل مختار ولهذا لا يضمن الحافر في ملكه وفي تفسير اخر كما ذكرناه لا يرجع عليها قال صاحب الذخيره هكذا ذكره البقالي وفي المبسوط للصغيرة نصف المهر لان فعلها لا يصلح مسقطا لحقها على ما تقدم وان لم يعلم الحكم وان لم يعلم انها امراته فلا شي عليها وان كانت الكبيرة مجنونة ايضا فلكل واحدة نصف المهر فلا رجوع على الكبيرة وكذا لو رضعت من الكبيرة وهي نايمة كان لكل واحدة نصف مهرها ولا رجوع وكذا لو اخذ رجل لبن الكبيرة فاوجر به الصغيرة ثانيا فلكل واحدة نصف مهرها وان اقر الرجل انه قصد به افساد نكاحهما رجع عليه بما غرم لهما وفي الجواهر ارضعت ام امراته الكبيرة امراته الصغيرة حرم الجمع بينهما فيفارق احداهما ولا صداق عليه وقيل لها نصفه ثم قيل ربعه ولا غرم على المرضعة على المنصوص وان تعمدت الفساد واستقر اللخمي ايجابه على المتعمدة وفي الكتاب لو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا قال وهذا منا اعتبار الجهل في الاحكام لانها لا تكون متعدية بالتسبب الا اذا كانت عالمة بالفساد لانها لا تكون كذلك لانها لم تقصد الفساد والفعل انما يصير متعديا بالقصد فاعتبرنا الجهل لدفع فعل حسي لعدم قصده لا لدفع حكم شرعي وفي الرافعي يجب للصغيرة نصف المهر وفي الفاسد نصف مهر المثل وان رضعت من ثدي نايمة فالظاهر سقوط مهرها والمرضعة تغرم له مهر المثل وان وجب عليها ارضاعها وقصدت الافساد ام لا لكونه اتلافا قال احمد رحمه الله عليه وحكى ابو علي واخرون انه يرجع بنصف المسمى وقيل بتمام المسمى لان النص على خلاف القياس وعند الاكثرين يرجع بنصف مهر المثل وفي وجه يجب الغرم على النايمة التي ارضعت

الصغيرة

الصغيرة منها وبعده ظاهر وفي احد الوجهين يجب للصغيرة نصف المهر ولا يعتبر فعلها في الاسقاط كقولنا ولو حلب لبن امراة دفعة واحدة واوجر به صبي في خمس دفعات نقل المزني والربيع رضي الله عنهما انها رضعة واحدة اعتبارا بالحلبة قال الربيع في قول انها خمس رضعات والقطع في احد الطريقين بانها رضعة واحدة وجعل ما نقله الربيع من كيسه وحكي هذا عن ابي حامد قلت اذا كان ينقل من كيسه لا يعتمد في روايته ولو حلبت خمس نسوة في اناء واحد واوجر به صبي دفعة واحدة حصلت من كل واحدة رضعة وان اوجر في خمس دفعات تثبت الحرمة في احد الوجهين ولو كان له خمس مستولدات او اربع نسوة ومستولدة فارضعت كل واحدة مرة لم تحرم عليهن وهل تحرم عليه نعم تحرم في اصح الوجهين لان لبن الكل منه وموضعها اوايل الكتاب فان قيل زوج امه وثلث اخواته رجلا في عقد واحد كيف يكون هذا قلت له هذا صبي شرب لبن ثلاث نسوة متفرقات ولكل واحدة منهن بنت فصارت بناتهن اخواته وهن لامه اجانب وكل واحدة لصاحبتها اجنبية والله اعلم فان قيل رجل زوج امه وثلث اخواته من النسب رجلا كيف يكون لهذا قلت له هذا رجل ولد من جارية مشتركة بين ثلاثة فادعى كل واحد منهم نسبه فصار ابنا للثلاثة ولكل واحد بنت من غير هذه الجارية فصرن اخواته من النسب وهن لامه اجانب وبعضهن للبعض اجنبية فزوجهن وامه رجلا ذكرت هذه المسايل في عدة المفتي وفي الجامع ما يمنع ابتدا النكاح يرفع التوقف فضولي زوج رجلا كبيرة وصغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة او صغيرتين فارضعتهما امراة اجنبية لم يجز والله اعلم **قوله**

ولا يقبل في الرضاع شهادة النسا مفردات خلافا للايمة الثلاثة وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين وهو مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذكره في المغني وفي المحيط هو قول عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم قال مالك رحمه الله يثبت بقول شاهدين ويمنع من النكاح ابتدا او يفرق بينهما لو كانا تناكحا فان شهدت امراتان فذلك من قولهما كان الاول وان لم يفش من قولهما لم يستقل وذهب مطرف وابن الماجشون وابن وهب الى انه لا يستقل بشهادة المراتين او رجل وامراة اذا قاموا

حين علموا بالنكاح ولو بات عليهم حال يتهمون فيها وان شهدت امراة واحدة
ولم يتحرر من قولها لم تثبت الحرمة وان نسا فينبه الخلاف هذا كله في
الجواهر وقال الشافعي رحمه الله تثبت بشهادة اربع من النسا او رجل
وامراتين وتقبل شهادة مرضعة ان لم تطلب اجره ولا ذكرت فعلها
وكذا ان قالت ارضعته في الاصح ذكره النواوي رحمه الله في المنهاج
وفي الرافعي تثبت الرضاع بشهادة رجلين او رجل وامراتين وكذا
بشهادة اربع نسوة وقبل احمد رحمه الله شهادة المرضعة وحدها
وفي المغني شهادة الواحدة مقبولة في الرضاع عند احمد رحمه الله وهو
قول طاوس والزهري والاوزاعي وابن ابي ذئب وسعيد بن عبد العزيز
وعنه يثبت بشهادة امراتين وعنه شهادة امراة واحدة وتستحلف
مع شهادتها وتعبا ربق فان كانت كاذبة لم يحل عليها الحول حتى يبيض
ثدياها بالبرص وبه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما واسحق وفي الوبري
قال الشافعي يفرق بشهادة امراة واحدة ومذهبنا ما ذكرته قبل
هذا في الكتاب وقال مالك يثبت بشهادة امراة واحدة وانما ذلك
قول احمد بن حنبل رحمه الله وتعلق بحديث عقبة بن الحارث قال تزوجت
ام يحيى بنت ابي اهاب فجات امة سودا فقالت قد ارضعتكما فاتيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال كيف وقد زعمت ذلك
متفق عليه وعند النسائي خل سبيلها ولان الحرمة من حقوق الله تعالى
فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي
يحرم تناوله وان يطعمه غيره ولا يرده على بايعه بقوله ذكره في
المبسوط والله اعلم ولنا ان ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل عن زوال
الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل
وامراتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك
كالعصير اذا تخمر والدهن اذا وقعت فيه نجاسة هكذا في المحيط
فاعتبر امرا دينيا والتفريق الى القاضي لابطال ملك الزوج والمتعة
ان يتفرقا والحديث محمول على التنزه ولو ثبتت الحرمة بقول الامة
لفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي المبسوط وزعم الشافعي ان الرضاع
مما لا يطلع عليه الرجال لانه يكون من الثدي وهو مردود لان المحارم
ينظرون الى الثدي وقد يكون بالايجاب والله اعلم قلت وقد قبل شهادة

رجل

رجل وامراتين فدل على اطلاع الرجال عليه والله اعلم **مسايل**
من جنس مسايل ما تقدم رجل تزوج امراة ثم قال هي اختي من الرضاع او
امي او بنتي من الرضاع ثم قال وهمت او غلطت ونسيت او كذبت فهما
على نكاحهما وكذا لو قال ذلك قبل النكاح اختي من الرضاع او امي من
الرضاع ثم قال وهمت او نسيت جاز له ان يتزوجها ذكره في الذخيرة
والينابيع والوبري وغيرها وان قال هو حق كما قلت فرق بينهما وفي
الذخيرة اقر انها اخته من الرضاعة وثبت عليه واشهد على ثقة
وصدقته على ذلك ثم اكذبا انفسهما وقالا اخطانا جاز التزوج بها
وكذا في النسب ولا يلزم من ذلك الاجماع عليه لان الغلط والاشتباه
تتحقق فيه وان هذه بنتي وليس لها نسب معروف ثم قال وهمت
يصدق ولو قال لعبده هذا ابني او لامته هذه بنتي ثم قال وهمت
لا يصدق ويحكم بعتقهما قال لزوجته هذه بنتي من النسب وثبت
عليه ولها نسب معروف او قال هذه امي وله ام معروفة لا يفرق
بينهما وفي الوبري اذا قال لزوجته هذه بنتي وثبت عليه ان كان
لها نسب معروف لا يفرق بينهما كما ذكرنا والله اعلم قلت في هذا نظر
لان النسب المعروف انما يكون بالفراش ويجوز ان يكون بنته المخلوقة
من الزنا وقد عرف انه لا يجوز له ان يتزوجها فينبغي انه اذا ثبت
عليه ذلك يفرق بينهما الا ان يكون مراده انها بنته من النكاح والواقع
خلافه لانها الحقت ثابتة النسب من غيره ويمكن ان يقال صار مكذبا
شرعا ولو قال هذه امي او بنتي من الرضاعة ثم اراد ان يتزوجها
وقال وهمت او اخطات او نسيت وصدقته فيهما مصدقان وله
ان يتزوجها في الاستحسان وان ثبت على الاول وقال هو حق كما
قلت ثم تزوجها فرق بينهما قياسا واستحسانا ولا ينفعه الجحود
بعد ما قال هو حق قلت ولو قال هذه وثبت عليه وليس لها نسب
معروف ومثلها يولد لمثله فرق بينهما وبعد ذلك ان صدقته
ثبت نسبها ذكره في الذخيرة وفي الوبري قال لعبده هذا ابني
ثبت نسبه وعتق ولو قال له هذا ابي وصدقه الاب ثبت نسبه
وعتق اذا كان يصلح ابنا له وابا له وليس له نسب معروف ولم
يشترط تصديقه في الاول وشرطه في الثاني والفرق انه في

البنوة اسندها الى حالة العلوق وهو ليس من اهل التصديق وقت العلوق
بخلاف الابوة انتهى كلام الوبري وفي الذخيرة اشترط التصديق في
البنوة ايضا وفي المغني قال الشافعي رحمه الله واحمد لو قال لزوجته
هذه ابنتي انفسخ النكاح وان قال اوهمت ولو قال لاصغر منه هذا ابي
او لاكبر منه هذه بنتي لم تحرم عليه لكذبه قال ابن قدامة وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله تحرم عليه ونقله عنهما غلط وتمام ذلك ياتي
في كتاب العتاق ان شا الله تعالى ... تم كتاب النكاح والله اعلم

كتاب الطلاق

في المغرب الطلاق اسم مصدر التطليق كالسلام والكلام والوداع اسم
التسليم والتكليم والتوديع ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان وهو
مصدر طلقت زوجته بالفتح والضم كالجمال والفساد والذهاب
من جمل وفسد وذهب وامراة طالق وجاء طالقة والطلق كوجع
الولادة من طلقت فهي مطلوقة اذا اخذها الطلق وفي الصحاح
رجل طليق اللسان وطلقه ولسان طلق ذلق وطليق ذليق
وطلق ذلق اربع لغات والطليق الاسير اذا اطلق عنه اساره وطلق
امراته تطليقات وطلقت هي طلاقا وهي طالق وطالقة ورجل
مطلاق وطلقة اي كثير الطلاق للنساء وذكر ابن فارس في المجمل وطلق
السلم اذا سكن وجعه بعد المسح والعداد قال
وابن زيدا الراقون من سوء سمها بتطليقة طورا وطورا تراجع
وفي الحواشي وانما اختص التفعيل برفع قيد النكاح لانه للمبالغة والله اعلم
قلت قوله انما اختص التفعيل برفع قيد النكاح غير صحيح اذ التطليق
يوجد في غير رفع قيد النكاح كما ذكرنا في المبسوط وانما الطلاق
الذي هو رفع قيد النكاح يختص بالتفعيل لان التفعيل يختص
برفع قيد النكاح وقوله لانه للمبالغة غير مستقيم كما وهم صاحب
الكشاف في ذلك بل هو للتعدية كالهمزة وغلب في ازالة قيد النكاح
والله اعلم

باب طلاق السنة

قوله الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن
ان يطلقها طلقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى

تنقضي

تنقضي عدتها قال ابن المنذر ولا اعلم خلافا فيه وفي الاشراف ايضا
وقال اكثر اهل العلم الطلاق الذي يكون المطلق مصيبا للسنة ان
يطلق المدخول بها طلاقا يملك فيه الرجعة في طهر لا جماع فيه
والسني من الطلاق ان يكون في طهر خال عن الجماع والطلاق يكون
عقيب حيض خال عن الجماع والطلاق نص عليه في الزيادات
والينابيع والاسبيجابي والبدائع والوبري وفي جوامع الفقه
والمدخول بها ان يكون في طهر خال عن الجماع والفرقة بطلاق
او غيره وفي الذخيرة ذكر محمد رحمه الله في الاصل ما يدل على
انه يطلقها كما طهرت من الحيض فانه قال اذا طهرت من الحيض قبل
ان يجامعها طلقها واختار بعض المشايخ تاخيره في اخر الطهر
احترازا عن تطويل العدة عليها وهو رواية ابي يوسف عن ابي
حنيفة رحمهما الله ومعناه في المبسوط قال في الكتاب والاول
اظهر لانه لو اخر ربما جامعها ومن قصده التطليق فيبتلى
بالايقاع عقيب الوقاع وهو بدعة وهو احسن من ان يطلقها
ثلثا في ثلثة اطهار وابعد من الندامة واقل ضررا بالمراة لما في
التفريق من زوال وصلة النكاح وقد مضى من عدتها حيضتان
وازالة ملك الرجل بالزيادة على الواحدة والحسن هو طلاق السنة
وهو ان يطلقها ثلثا بعد الدخول في ثلثة اطهار وهو قول جميع
الكوفيين ذكره في المغني وبه قال الاوزاعي وقتادة والثوري
وابراهيم وخيثمة رضي الله عنهم وقول عبد الله والقاسم بن محمد
وبه قال اشهب من المالكية ذكره في الاشراف وفي المغني طلاق
السنة واحدة في ثلثة اطهار كارسالها جملة عندهم في طهر خال
عن الجماع بتركها حتى تنقضي عدتها وهو قول الائمة الثلاثة وايقاع
الثلث في ثلثة اطهار كارسالها جملة عندهم في انه ليس طلاق السنة
ولا يتخير عندنا وهو قول الشافعي وابن حنبل رحمهما الله وقال مالك
يتخير على المشهور ذكره في الجواهر وقال كانه قال في كل طهر طلقة
فذلك كاين فلا يتعلق وان كان قبل الدخول قال سحنون يقع واحدة
لا غير وفي البسيط اتفق العلما على انقسام الطلاق الى سني وبدعي
والسنة والبدعة تداولتها السنة على الشرع والبدعة

هو المحرم النافذ مع التحريم خلافا للظاهرية والشيعة انه لا يقع وهو
الذي يوقع في حال حيضها بغير سؤالها بعد المسيس على ما يأتي وذكر
ابن حزم في المحلى ان الثلث جملة تقع وان كانت في الحيض وكذا الثالثة
والطلقة والطلقتان لا تقع في الحيض وسيأتي ان شا الله تعالى لنا
ما روي في حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم يا ابن عمر ما هكذا امرك ربك والسنة ان تستقبل الطهر فتطلق
لكل قرء طلقة رواه الدارقطني والنسائي باسناده عن عبد الله قال
طلاق السنة ان يطلقها تطليقة وهي طاهر من غير جماع فاذا
حاضت وطهرت طلقها اخرى فاذا حاضت وطهرت طلقها ثم
تعتد بعد ذلك بحيضة فاخبر انه طلاق السنة وهي سنة رسول
الله صلى الله عليه وسلم وهو كالمرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم
والجمهور على ان عدتها من اوله وعن جابر وعلي وابن عمر من اخرها
ذكره ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه وفي السنة من حيث العدد
نوعان حسن واحسن وقوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النسا
فطلقوهن لعدتهن اي اذا اردتم تطليقهن فطلقوهن مستقبلات
لعدتهن قال الله تعالى الطلاق بالعدة والطلاق ذو عدد والعدة
ذات عدد فتنقسم احاد احدهما على احاد الاخر كقولك اعط هولا
الثلاثة ثلثة دراهم واللام للوقت وسياتي الكلام عليه ان شا الله
تعالى قال السفاقسي رحمه الله عليه في شرح البخاري لعدتهن اي
وقت عدتهن ولست لعشرين من الشهر اي في وقت خلافته
عشرون من الشهر وليوم القيامة اي في يوم القيامة ولان الله
تعالى امر بتفريق الطلاق على الاطهار واذ ناه ان يكون سنة
والله اعلم بالصواب يقولون ان اصل الطلاق على الحظر لما عرف وانما
يباح للضرورة والحاجة وروى في ذلك احاديث ذكر ابو داود
وابن ماجه عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال ابغض الحلال الى الله تعالى الطلاق والمشهور فيه المرسل
واوصله ابن ابي شيبة فكيف يكون احسن وحسنا وطلاق السنة
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا رواه ابو داود
وروى البزار عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تطلقوا النسا الا

من

من ريبة ان الله لا يحب الذواقين والذواقات وعن ثوبان قال النبي صلى
الله عليه وسلم ايما امراة سالت زوجها طلاقا في غير باس فحرام عليها
رائحة الجنة قوله وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا في كلمة واحدة
او ثلثا في طهر واحد او ثنتين وقال مالك رحمه الله ايقاع الثنتين
فيه مكروه والثلث ممنوع ذكره في التبصرة المالكية وفي الجواهر
كلاهما بدعي ولو قال لها طلقي نفسك ثلثا فلا رواية لها وقيل انه لا
يكره ذكره الشيخ ظهير الدين في الفتاوى واختار ذلك ابو بكر وابو
حفص ورواه الخرقي من الحنابلة وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود
وابن عباس وابن عمر وعمران بن حصين والقاسم بن محمد والحسن
والزهري ومالك وابي هريرة رضي الله عنهم ذكر ذلك الطحاوي
باسانيده عنهم وذكر ابو بكر بن ابي شيبة والاثرم وقال السفاقسي
الحرمة اجماع الصحابة وقال الشافعي وابو ثور وداود والظاهري
وابن حبيب من المالكية وابن حنبل في رواية عنه ارسال الثلاث مباح
ووقوع الثلاث جملة قول جمهور اهل العلم من الصحابة والتابعين
والايمة بعدهم وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وعمرو بن دينار
يقولون من طلق البكر ثلثا فهي واحدة ذكره في المغني وقال
ابن رشيد في القواعد والسفاقسي في شرح البخاري ذهب اهل
الظاهر وجماعة منهم الشيعة الى ان حكمها حكم الواحدة ولا تاثير
للفظ الثلث قال القاضي ابو يوسف رحمه الله كان الحجاج بن ارطاة يقول
طلاق الثلث ليس بشي وقال محمد بن اسحق رحمه الله عليه واحدة كقول
الشيعة وحجة هولاء قوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله في الثالثة
فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمطلق بالثلث
مطلق واحدة لعدم مشروعية الزايد عليها واحتجوا ايضا بما
رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما كان الطلاق الثلث
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وسنتين من خلافة
عمر رضي الله عنهما واحدة فامضاها عليهم عمر وفي رواية مسلم
وغيره كان الطلاق الثلث واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم وابي بكر وثلثا من امارة عمر فلما تتابع الناس في الطلاق اجازه
عمر عليهم واحتجوا ايضا بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس رضي
الله عنهم قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلثا في مجلس واحد

يحزن عليها حزنا شديدا فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها
قال طلقتها ثلثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها والله
اعلم قلت يحتج في ذلك قوية لصحة الحديث المتقدم من قال باباحة ارسال
الثلث جملة باحاديث منها حديث عويمر العجلاني وفيه فطلقها
ثلثا قبل ان يامره النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه ولم ينقل انكار
ومنها حديث عايشة رضي الله عنها ان امراة قالت يا رسول الله ان رفاعة
طلقني فبت طلاقي متفق عليه ولم ينكر ومنها حديث فاطمة بنت قيس
ان زوجها ارسل اليها بثلاث تطليقات ولانه تصرف مشروع حتى
يستفاد به وقوع الثلث جملة والمشروعية تنافي الحظر بخلاف
الطلاق في الحيض لان الحرمة تطويل العدة عليها لا الطلاق اذ هو
بعيد عند البعض وللجمهور في التحريم ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما
قال النساي عن محمود قال اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل
طلق امراته ثلث تطليقات جميعا فقام غضبانا ثم قال ايلعب بكتاب
الله وانا بين اظهركم ذكره القرطبي في شرح الموطا ورواه النساي
وهو نص او دال على التحريم وروى ابو داود والدارقطني ان
مجاهدا قال كنت عند ابن عباس رضي الله عنهما فجاء رجل فقال انه طلق
امراته ثلثا قال فسكت ابن عباس رضي الله عنه حتى ظننت انه رادها
اليه ثم قال يطلق احدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس قال ومن
يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب وانك لم تتق الله
وفي الموطا ان رجلا قال لابن عباس اني طلقت امراتي بماية تطليقة
فقال له ابن عباس طلقت منك بثلث وسبعة وتسعين اتخذت ايات الله
هزوا وفي الموطا جاء رجل الى ابن مسعود فقال اني طلقت امراتي ثمان
تطليقات فقال ما ذا قيل لك قال قيل لي انها بانت منك قال ابن مسعود
صدقوا هو مثل ما يقولون وهذا يدل على الوقوع وفي حديث عمر
رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله ارايت لو طلقتها ثلثا قال اذا عصيت
ربك وبانت منك امراتك رواه ابو بكر ابن ابي شيبة في مصنفه والدارقطني
وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس رضي الله عنه فقال ان عمي
طلق امراته ثلثا فقال ان عمك عصى الله واطاع الشيطان فلم يجعل الله
له مخرجا وكان عمر يوجعه ضربا وقال علي لا يطلق احد للسنة فيندم
قال ابو بكر ابن ابي شيبة وعن ابي موسى وغيره التكبير على من فعله وقال

ابوبكر

ابو بكر ابن المنذر في الاشراف قال اكثر اهل العلم المطلق ثلثا جملة غير مصيب
للسنة قال وقد روينا هذا عن عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبد الله
ابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولم نجد لهم فيه مخالفا ولو
لم يكن فيه الا ما قالوه لكان فيه كفاية وقال سبط ابن الجوزي وهو
قول ابي بكر ايضا وحكى محمد والكرخي اجماع الصحابة رضي الله عنهم فيه
واحتجوا بظاهر قوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النسا الاية فاي امر
يحدث بعد الثلث ومن طلق ثلثا فما جعل الله له مخرجا ولا من امره يسرا
فمن فعل ذلك فقد خالف ما امر الله به وسنة رسول الله صلى الله عليه
وسلم وهو خلاف امر الله تعالى وعن ابن عباس رضي الله عنه طلق رجل امراته
عدد النجوم فقال اخطا السنة وحرمت عليه امراته ذكره محمد بن
عبد الواحد في احكامه وفي المبسوط انما جعل الطلاق متعددا للتدارك
عند الندم فلا يحل له تفويت هذا المعنى على نفسه ومن بعد حاجر
بعد ما نظر الشرع اليه كالايقاع في الحيض لانه حال نفرة الطبع
عنها وكونه ممنوعا عنها شرعا والظاهر انه يندم اذا جاء زمان
الطهر وتوقان نفسه الى الجماع فهذا مثله والدليل على ان الحرمة
معللة بهذا لا بتطويل العدة كما زعموا انه لو طلقها واحدة
في طهر خال عن الجماع ثم طلقها اخرى في حال الحيض كان مكروها
اتفاقا وان لم يكن فيه تطويل العدة وكذا لو قال انت طالق في اخر
جزء من حيضتك يقع فيه وتستقبل العدة باول الطهر ولا تطويل
للعدة فيه وهو بدعة فبطل تعليلكم بذلك بين المدخول بها
لما ذكرنا من حصول الندم وتفويت الملك من غير حاجة وفي البسيط
اذا لم يكن له عوض في الطلاق بحال فلا بد من اطلاق الكراهة لانه ابطال
الملك بغير فايدة والله اعلم قلت ويلزم من هذا كراهية ايقاع الثلث
جملة لعدم الفايدة في الزايدة على الواحدة وعدم دليل الحاجة وفيه
ايضا لو قال انت طالق ثلثا واراد به التفريق على الاقرا ولفظ السنة
والبدعة متعاقبان فلو كان التفريق سنة كان الجمع بدعة انتهى كلام
صاحب البسيط والله اعلم قلت تفريق الثلث على الاطهار سنة عندنا
وعند الشافعي ودل عليه حديث ابن عمر وغيره على ما ذكرنا فيلزم حينئذ
ان يكون ارسال الثلث جملة بدعة فان كابروا وقالوا ان التفريق على

الاطهار ليس بسنة عندنا ولا بدعة قلنا يجب ان يكون ارسال الثلاث جملة
مخالف للتفريق للتضاد بينهما فيكون بدعة او سنة والثاني خلاف الاجماع
فتعين الاول والجواب عن حديث ابن عباس الذي رواه البخاري ومسلم من
وجهين احدهما الانكار على من خرج عن سنة الطلاق بايقاع الثلث
والاخبار عن تتابع اهل الناس في مخالفة السنة في الزمان المتاخر عن العصرين
كانه قال الطلاق الموقع الان ثلثا في ذلك العصرين واحده كما يقال كان
الشجاع الان جبانا في عصر الصحابة فنشعر بتغير الحال بالناس والوجه
الثاني كان قول الزوج انت طالق وانت طالق وانت طالق واحدة عندهم
محمولا على التاكيد والخبر وصار الناس بعدهم يحملونه على التجوز والانشا
فالزمهم عمر ذلك لما ظهر قصدهم اليه يدل عليه قول عمر قد استعجلوا في
امر كانت لهم فيه اناة واما حديث عكرمة عن ابن عباس وطاوس عنه ان
ركانة بن عبد يزيد طلق زوجته سهيمة ثلثا وهم قال الحافظ ابو جعفر
منكر وقد خالفهما من هو اولى منهما مثل سعيد بن جبير ومجاهد ومالك
ابن الحارث ومحمد بن اياس والنعمان بن عياش وعطا وعمرو بن دينار ونافع
وكلهم رووا عن ابن عباس ان من طلق امراته ثلثا فقد عصى ربه وبانت منه
امراته ولا ينكحها الا بعد زوج وان ركانة انما طلق امراته البتة لا
الثلث وروى جماعة عن عكرمة ان ذلك واحدة من غير رفع الى ابن عباس
وروى ابو داود والترمذي وابن ماجة ان ركانة ابن عبد يزيد
طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما اراد
الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن
عثمان قال ابو داود وهذا اصح من حديث ابن جريج ان ركانة طلق
امراته وقال ابن ماجة سمعت ابا الحسن علي بن محمد الطنافسي يقول ما
اشرف هذا الحديث قال ابن ماجة ابو عبيد تركه ناحية واحمد جبن عنه
والجواب عن حديث العجلاني انه مشترك الالزام فان الشافعي رحمه الله عليه
يقول تقع الفرقة بينهما اذا فرغ الزوج من لعانه ولم يقل له صلى الله
عليه وسلم ان الفرقة بينكما قد وقعت بفراغك من لعانك وان تعليقك
لا يصح ولانه انما بين له كراهة ذلك شفقة عليه في الرد وقد يجوز ان
يكون بينه له ولم ينقل ولان تاخير البيان ناحية بعد ما وقعت الفرقة
بينهما وحديث امراة رفاعة ليس فيه انه طلقها ثلثا بكلمة واحدة وجوز

ان

ان يكون متفرقا على الاطهار وجاء فيه انه طلقها اخر ثلث تطليقات متفق عليه
وحديث فاطمة بنت قيس ان زوجها ابا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن
ابي طالب الى اليمن فارسل الى امراته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من
طلاقها رواه مسلم وروي ايضا انه طلقها البتة فلم يكن فيه حجة ولان المطلق
كان غائبا فلم ينكر لذلك وقد انكر الثلث جملة في حديث ابن عمر وقد ذكرناه وقد
حصب الاسود ابن يزيد الشعبي وقال ويلك تحدث بمثل هذا ورده عمر بن الخطاب
كل ذلك في صحيح مسلم وانكرت عايشة على فاطمة رضي الله عنهما بنت قيس فقالت
ما لفاطمة بنت قيس خير ان تذكر هذا الحديث رواه البخاري ومسلم وقال ابو
الحسن بن بطال لا يكون الشافعي اعلم من عمر وابنه عبد الله وقد قالا ان
طلق ثلثا فقد عصى ربه وقول الشافعي المشروعية تنافي الحظر غير مسلم
فان المشروعية في ذات الشي لا ينافي الحظر بمعنى كالاعتاق لوجه الشيطان
والصلوة في الارض المغصوبة والبيع وقت النداء واختلفت الرواية في الواحدة
البائنة قال في الاصل انه اخطا السنة اذ لا حاجة الى الاثبات صفة زايدة في
الخلاص وفي الزيادات انه لا تكره الحاجة الى الخلاص ناجزا هكذا في الكتاب
وفي التحفة وهو ظاهر الرواية وفي رواية الزيادات يكره وفي الذخيرة ليس
بشي في ظاهر الرواية وفي المحيط والفتاوى الظهيرية يكره البائنة في
رواية المبسوط وفي رواية زيادات الزيادات لا يكره وفي جوامع الفقه البائن
مكروه الا في رواية زيادات الزيادات والخلع سني وان كان في حال الحيض
وفي المنتقى ذكر مسئلة بهذه الصورة لا باس ان يخلعها في الحيض اذا راى منها
ما يكره وفيه ايضا لا باس بان يخير امراته في حال الحيض وفيه ايضا اذا ادركت
فاختارت نفسها فلا باس للقاضي ان يفرق بينهما في حالة الحيض هذه المسايل
في الذخيرة وفي الجواهر الخلع في الحيض كابتدا الطلاق وقيل يجوز واختلف في
علة الجواز قيل لانه برضاها وقيل يعلل بضرورة الافتدا ويخرج على ذلك فرعان
جوازه برضاها من غير عوض واختلاع الاجنبي وفي المغني الطلاق من غير حاجة
مكروه وقال القاضي منهم في احدى الروايتين محرم كاتلاف ماله ومباح عند
الحاجة اليه ومندوب عند تفريطها في حقوق الله عز وجل وافساد فراشه
وفي البسيط الطلاق في الحيض سوى الخلع فيه وجهان احدهما لا يحرم لرضاها
والثاني يحرم اذ لا اعتبار بالرضى والسخط في حدود الشرع وخلع الاجنبي محظور
عند القفال وقيل لا بدعة في جنسه والاظهر في الحظر وفي سؤال الزوج رد والوجه

القطع بجواز الخلع في الحيض وتحصر من النسق لا بدعة في طلاقهن ولا سنة
المختلعة وغير المدخول بها والصغيرة والايسة والحامل اذا ظهر حملها
فرع علق بصفة ووجد الشرط في الحيض فهو بدعة ولا يوصف
التعليق بالبدعة وحكي عن البغال ان نفس التعليق المطلق بدعة لترده
قال وهو ضعيف وفي الزيادات انما شرط ان يكون عقيب حيض خال
عن الجماع لانه ربما كان سببا للحمل فيندم ولهذا لم يكن جماعا للحامل مانعا
من طلاق السنة عقيبه وكذا جماع الايسة والصغيرة وسياتي بقية
تفريعاتها وفي المغني معنى طلاق السنة موافقة امر الله وامر رسوله
في الاية والخبر والله اعلم **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين
سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها
المدخول بها وغير المدخول بها وفي الينابيع سمي الواحد عددا مجازا
لانه اصل العدد ولا اختلاف في الواحدة المدخول بها وغير المدخول
بها مثله في الينابيع والجمع بين الثنتين والثلث مراعيد فيهما
الا انه ينتهي بالواحدة في غير المدخولة وفي الذخيرة قال لامراته
قبل الدخول بها انت طالق ثلثا للسنة تقع واحدة ساعة تكلم فان
تزوجها وقعت اخرى ساعة تزوجها وكذا الثالثة عند ابي حنيفة رحمه
الله وقال ابو يوسف لا تقع اخرى حتى يمضي شهر كامل من الاول وقد
ذكرنا ذلك وهكذا ذكره الوبري ولم يحك خلافا والسنة في الوقت يثبت
في حق المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه يعني
ولم يطلقها فيه عقيب حيض كذلك وقد تقدم ان زمان الحيض زمان
النفرة طبعا وشرعا وتقدم حل الوطي يقل الرغبة فيها ويقع التساهل
في الطلاق وهو ابغض الحلال الى الله تعالى لانه يفوت الالفة المطلوبة
والتوالد والتناسل المرغب فيهما فكره من غير سبب لذلك والى هذا
وقعت الاشارة بقوله عليه السلام لا امون من مومنة وقال صلى الله عليه
وسلم ليس منا من خبب امراة على زوجها وعبدا على سيده رواه ابو داود
والنسائي اي خدعها وافسدها ولان فيه تطويل العدة عليها وبالوطي
في الطهر تقل الرغبة فيها وغير المدخول بها يطلقها في حال
الطهر والحيض وفي الذخيرة الخلوة كالدخول وفي المغني لا سنة قبل الدخول
ولا بدعة وقال ابو عمر بن عبد البر اجمع العلماء ان طلاق السنة انما هو

للدخول

للمدخول بها خاصة الا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم كان المدخول بها
من اهل طلاق السنة والبدعة لطول العدة في الحيض وريبة بالطلاق في
الطهر الذي جامعها فيه وفي المغني وقيل يقع الطلاق في الحيض بعيد
غير معقول وقيل لطول العدة عليها فان قلنا بعيد لم يجز قبل الدخول
في حال الحيض ولا في حال الحمل وعلى الثاني يجوز قلت وعلى الاول يجوز ايضا
لان البعيد يقتصر على مورده وهو المدخول بها ولا يتعدى الى غيرها
لعدم العلة عندهم طول المدة وفي المحلى يطلقها للسنة قبل الدخول
وهي حايض طلقة او ثنتين او ثلثا مجموعة وقال زفر لا يطلقها في حال
الحيض كالمدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة
لا تتغير بالحيض ما لم يحصل منها مقصوده فالاقدام على الطلاق لا يكون
الا من حاجة وضرورة بخلاف المدخول بها فانه لا تتجدد الرغبة فيها
الا بتجدد الطهر وشذ زفر في هذا وخالف جميع العلماء واذا كانت
المراة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها
واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها وفي
البسيط ليس في طلاق الصغيرة والايسة سنة ولا بدعة وبه قال ابن
حنبل وكذا الحامل عندهم ولنا ما قدمنا من حديث ابن عمر انه صلى الله
عليه وسلم قال السنة ان يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء تطليقة
والشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائي لم يحضن اي واللائي لم
يحضن كذلك ثم اقام الشهر في حق الحيض لا غير وفي المنافع ظن بعض مشايخنا
ان الشهر في حقها بمنزلة الحيض والطهر وليس كذلك بل الشهر في
حقها بمنزلة الحيض لا غير لان المعتبر في ذوات الحيض دون الطهر الا
ان الحيض لا يتصور بدون تخلل الطهر وفي الشهر عدم هذا المعنى فقام
الشهر مقام ما هو المعتبر وهو الحيض ولهذا يعتبر الاستبرا بالشهر
وهو حيضه ولو طلق الصغيرة ثم حاضت وطهرت قبل مضي الشهر فله
ان يطلقها اخرى للسنة عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا لو طلق الحايض
ثم ايست فله ان يطلقها اخرى للسنة عند ابي حنيفة رحمه الله لتبدل
الحال وذكر في جوامع الفقه ثم النساء صنفان مدخول بها وغير مدخول
بها والمدخول بها نوعان حائل وحامل والحائل نوعان ذوات قرء

وذوات اشهر وكل نوع منها على قسمين حرائر واماء فاحسن الطلاق في المدخول بهن الحبالى اللواتي من ذوات الاقراء ان يطلقهن تطليقة واحدة ويتركهن حتى تنقضي عدتهن بثلاثة قروء وان كن حرائر وبقرئين في الاماء على ما تقدم وان كن من ذوات الاشهر يطلقهن متى شاء طلقة واحدة حتى يمضي ثلاثة اشهر في الحرة وشهر ونصف في الامة وكذا في الحبالى ويتركهن حتى يضعن حملهن في الحرائر والاماء ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهر بالاهلة وان كان في اثنائه فبالايام في حق تفريق وهو ثلاثون يوما وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله ورواية عن ابي يوسف وعندهما يكمل الاول بالاخير بالايام والمتوسطات بالاهلة وفي الفتاوى الصغرى في باب العدة يعتبر الشهور بالاهلة بالاجماع وهي مسألة الاجارات وستاتي ان شاء الله تعالى **قوله** ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان يعني اللتي لا تحيض من صغر او كبر وبه قال الحسن وابن سيرين وطاوس وحماد ابن ابي سليمان وربيعة ومالك والشافعي واحمد واسحق وابو عبيد وابو ثور وقال زفر يفصل بينهما بشهر كما يفصل بين الطلقتين بشهر قلنا لا يتوهم من الحبل والكراهة في ذوات الحيض باعتبار ان عند ذلك تشتبه بوجه العدة يعني هل تعتد بالحيض او بوضع الحمل والله اعلم قلت يرتفع الاشتباه حينئذ ان الحامل لا تحيض فان لم تحض حتى مضى اكثر مدة الحمل كانت ممتدة الطهر لا اشتباه والعلة في المنع حصول الندم على طلاقها اذا حصل منه علوق كما ذكرنا قبله والرغبة وان كانت تفتر بالجماع من تتوفر من جهة اخرى لانه يرغب في الوطء غير المعلق لكراهة موت الولد فكان الزمان كله زمان رغبة فصار كزمان الحبل وفي الذخيرة قيل اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض او الحبل فالافضل ان يفصل بينهما بشهر وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى الندم والرغبة في الوطء غير المعلق صادقة في كل زمان وهو راغب فيها لمكان ولده منها ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمة الله عليهما لا يطلقها للسنة الا واحدة قال صاحب التكملة فيه ناخذ وهو قول الائمة

الثلاثة

الثلاثة كما في غيرها عندهم وكره الحسن طلاق الحامل وقال الاوزاعي لا يطلقها في اول الحمل حتى يستبين حملها ومثله في المحيط عند محمد وزفر ان الشرع ورد بالتفريق على فصول العدة والتفريق بالشهر ليس من فصولها والاصل فيه المنع الا بالشرع فصارت كالممتدة الطهر ولنا ان الاباحة للحاجة ومعنى الشهور ليلها كما في الآيسة والصغيرة ومراده اذا بقي من مدة الحمل شهور واما اذا بقي شهر فما دونه فلا اعتبار بذلك والحاجة تتجدد كل شهر لان الشهر زمان مديد في الشرع كما في الايمان والوطء بين الشهرين لا يمنع اول الطلاق في الآيسة والصغيرة والحامل ذكره في المحيط وفيه ايضا لا يباح الطلاق عقيب الجماع اذا كانت حاملا بخلاف الممتدة الطهر فان الطهر بعد الحيض مرجو في حقها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل والله اعلم **قوله** واذا طلق الرجل امراته في حال الحيض وقع طلاقه قال ابو بكر ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه على وقوعه الا اهل البدع ولا يعتد بهم وعند الظاهرية لا يقع ذكره ابن حزم في المحلى والسغناقي عن الداودي وكذا في طهر جامعها فيه وكذا الطلقتان الا ان يطلقها كذلك ثالثة او ثلاثا جملة وايقاع الثلاث جملة سني عندهم ذكر ابو نصر انه قول ابن علية وهشام ابن الحكم والشيعة ذكره في المغني يعني عدم الوقوع استدل ابن حزم على الوقوع بحديث ابي الزبير انه سمع عبد الرحمن بن ايمن مولى عروة يسال ابن عمر وابو الزبير يسمع قال كيف ترى في رجل طلق امراته حائضا قال طلق ابن عمر امراته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك قال ابن عمر فردها علي ولم يرها شيئا وقال اذا طهرت فليطلق او ليمسك رواه ابو داود والنسائي لان هذا فعل غير مشروع للنهي فلا يترتب عليه حكم شرعي ولفقهاء الامصار ما رواه نافع عن ابن عمر انه طلق امراته وهي حائض وفي رواية تطليقة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر وتحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء رواه

البخاري ومسلم والنسائي والترمذي والمراجعة بدون وقوع الطلاق
محال وعن سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما انه طلق زوجته وهي حائض
فذكر عمر رضي الله عنه ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مُرهُ فل
يراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت او وهي حامل رواه مسلم وابو داود
والترمذي والنسائي وابن ماجة واحمد ابن حنبل قال البيهقي اكثر
الروايات عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم امره
ان يراجعها حتى تطهر ثم ان شا طلق وان شا امسك وعن يونس بن
جبير قال سالت ابن عمر فقلت رجل طلق امراته وهي حائض قال تعرف
ابن عمر قلت نعم قال طلق امراته وهي حائض فاتى عمر رضي الله عنه فسال
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لمُره فليراجعها ثم ليطلقها عد تها
قال قلت فيعتد بها قال فمه ارايت ان عجز واستحمق رواه البخاري
ومسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه فمه استفهام
كانه قال فما يكون ان لم يحتسب بتلك التطليقة ايسقط عنه الطلاق
جمعه او يبطله عجزه وفي حديثه وكان ابن عمر طلقها فاحتسب من
طلاقها وراجعها كما امره رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخاري
ومسلم وفي لفظ لمسلم قال ابن عمر فراجعتها وحسبت لها التطليقة
التي طلقتها قال ابو داود والاحاديث كلها على خلاف ما قال ابو الزبير
ونافع اثبت عن ابن عمر من ابي الزبير قال المنذري قال اهل الحديث
لم يرو ابي الزبير حديثا انكر من هذا وقال ابو عمر ابن عبد البر لم يقل
احد عنه غير ابي الزبير وقد رواه جماعة اجله خلافه وابو الزبير
ليس بحجة فيما خالفه مثله فكيف بخلاف من هو اثبت منه قال ابن حزم
في المحلى يكتفي من كلمة المسند البين الثابت يريد به حديث ابي الزبير
هذا وفيه اذا طهرت فليطلق او ليمسك وهو لا يقول بهذا بل
يشترط بعده حيضة وطهرا ومن القبيح ان يعمل ببعض الحديث
ويترك بعضه وهو منكر على من فعل مثل فعله اشد النكير وقال
ابو سليمان الخطابي حديث يونس بن جبير اثبت من هذا ولا يثبت
من المحدثين اولى ان يقال به اذا خالفه غيره لا يثبت قال وقد
يحتمل انه لم يره شيا ما يحرم معه الرجعة او شيا لا تحل معه
الرجعة او شيا لا تحل له به الا بعد زوج اخر او شيا جايزا في

السنة

السنة ماضيا في حكم الاختيار وان كان لازما له على سبيل الكراهة
وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال الطلاق على اربعة اوجه وجهان
حلال وهما ان يطلقها طاهرا من غير جماع او يطلقها حاملا مستبينا
حملها والوجهان الحرام ان يطلقها حائضا او عند الجماع رواه
الدارقطني ولان ابن عمر صاحب القصة وقد احتسب بتلك
التطليقة وافتى بوقوعها ولا يقال لمن لم يطلق راجع امراتك ولان
ايقاع الطلاق ليس بقربة ليشترط لوقوعه موافقة السنة
بل هو ازالة الملك فوقوعه في زمن البدعة اولى تغليظا وذكر
في المحيط ان مراجعتها من الطلقة التي اوقعتها في الحيض واجبة
نظرا الى الامر وهو قول مالك ولان ايقاعه في الحيض معصية
بالاجماع فكان ازالتها بالرجعة واكثر كتب الاصحاب لم يتعرض
للوجوب وفي الكتاب ويستحب له ان يراجعها وهو قول بعض المشايخ
قال والاصح انه واجب كما ذكر في المحيط وقال ابن ابي ليلى والاوزاعي
والشافعي وابن حنبل واسحق وابو ثور انها مستحبة وحملوا الامر
فيها على الندب وفي الجواهر يجبر على الرجعة فيه وان كان يحبس
اي هدد بالسجن فان اصر على الحبس ضرب بالسوط فان لم يطع ارتجع
الحاكم عليه وذلك مستمر عليه ما بقيت العدة عند القاسم
وقال اشهب ما لم تطهر من الحيضة الثالثة بحيضة الطلاق ثم اذا
اجبر على الرجعة اختلفوا في رجل وطيها وبعد انقضاء عدتها لا
يجبر على ردها واجمعوا على انه لو طلقها في طهر مسها فيه لا يجبر
على رجعتها وقد كان على خلاف السنة والله اعلم قوله فاذا طهرت
وحاضت ثم طهرت فان شا طلقها وان شا امسكها قال رحمه الله
وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي
يلي الحيضة قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله ما ذكره الطحاوي قول ابي
حنيفة رضي الله عنه وبه قال زفر وذكر الكرخي مع ابي يوسف
وهكذا ذكره ابو الليث وهو قول الايمة الثلثة والظاهرية وقد
تقدم حديث ابن عمر موافقا لقولهم ولان الطلاق منه بمنزلة ما
الطلاق في الطهر بعده لان تلك الحيضة لا يعتد بها في العدة ولو
طلقها في الطهر لا يطلقها فيه طلقة اخرى فكذا اذا طلقها في

الحيضة ثم طهرت ولان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل
هنا بعض الحيضة فيكمل ببعض الثانية لكن لا يتجزأ فيتكامل ولابي حنيفة
رحمه الله رواية سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما انه طلق امراته وهي حائض
فذكر ذلك عمر رضي الله عنه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت او وهي
حامل رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وابن حنبل
رضي الله عنهم قال البيهقي رحمه الله اكثر الروايات عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يراجعها حتى تطهر ثم ان شا طلق
وان شا امسك وقد تقدم الحديث وهو من رواية يونس بن جبير وسعيد
ابن جبير وابن سيرين وزيد بن اسلم وابي الزبير قال ابو الحسن بن بطال
وهو اثبتها اسنادا وقول اكثر اهل العلم واليه ذهب المزني ولان
للحيضة معنى وحديثهم محمول على الاستحباب وابو حنيفة رحمه الله
يجعل الرجعة فاصلة بين الطلاقين كالنكاح بالاجماع لان مراجعتها
دليل الرغبة فيها وفي المحيط لو طلقها في الطهر ثم راجعها فيه بالقول
او القبلة او المس بشهوة فله ان يطلقها فيه اخرى عند ابي حنيفة
وزفر لفصل الرجعة بين الطلاقين وكذا لو قال انت طالق ثلثا للسنة
وهو ممسك يدها بشهوة وقعت الثلث للسنة متعاقبا عنده لانه
يصير مراجعا بالمس بشهوة وفي البدايع والينابيع لو طلقها وراجعها
بالوطي فحبلت جاز له ان يطلقها اخرى في ذلك الطهر عند ابي حنيفة
ومحمد وزفر رحمة الله عليهم وقال ابو يوسف ليس له ذلك حتى يمضي
شهر ولو لم تحبل لا يطلقها فيه بالاتفاق وفي المحيط وعنده لا يكره
ولو ابانها في طهر لم يجامعها فيه ثم تزوجها فله ان يطلقها فيه اتفاقا
وفي الينابيع لو لم تتخلل بين الطلقتين رجعة ولا نكاح فالطلاق فيه
بدعة وان تخلل بينهما نكاح او رجعة فكذلك عندهما وفي المحيط
والبدايع جعل الطلاق بعد تخلل النكاح سنيا اتفاقا وفي الجامع جعله
قول ابي حنيفة وعندهما لا بد ان تحيض وتطهر ومن قال لامراته وهي
من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي
طالق عند كل طهر تطليقة فهو على ما نوى ان يقع الثلث الساعة او عند
راس كل شهر طلقة فهو على ما نوى سوا كانت في حال الحيض او في حال الطهر

وقال

وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة فلا يدخل تحت قوله للسنة لان الشيء لا يحتمل
ضده كما لا يحتمل قسيمه بل اولى ولهذا لا يقع الثلث جملة عند عدم النية
ولا في الحيض والطهر الذي جامعها فيه او طلقها فيه ولنا ان ذلك سني
وقوعا فان لم يكن سنيا ايقاعا لان وقوعه جملة وفي حال الحيض بسنة رسول
الله صلى الله عليه وسلم على ما تقدم ولان ذلك مذهب اهل السنة والجماعة
دون مذهب اهل البدعة والضلالة اذ الرافضة لا ترى وقوع الطلاق
في الحيض ولا في الطهر الذي جامعها فيه وارسال الثلث جملة لا يقع
عند جميعهم غير ان الزيدية منهم يقولون تقع واحدة منها والامامية
تقول لا يقع شي اصلا فجاز ان يقال للسنة وسنيا لذلك الا انه خلاف
ظاهر السنة فلا يتناوله الطلاق وان كانت ايسة او من ذوات الحمل
طلقت الساعة واحدة وان وطئها وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى
بخلاف ذات الحيض حيث لا يقع في الطهر الذي جامعها فيه وقد
تقدم ولو قال انت طالق للسنة ونوى الثلث يقع الثلث في اوقات
السنة لان اللام للوقت كقوله تعالى اقم الصلوة لدلوك الشمس اي
لوقت زوالها وذلك لصلاة الظهر وللوقت عموم وهو ثلثة اطهار
وان نوى ان يقع الثلث جملة لا يصح نية الثلث لانها انما صحت فيه من حيث
ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميمه ومن ضرورته تعميم الواقع فاذا نوى
الجمع بطل عموم الوقت فلا يصح نية الثلث جملة وكذا ايضا في المحيط
ووضعها في من لا تحيض وفي الجامع الصغير لقاضي خان وان نوى الثلث
جملة يصح لانه يصير كقوله انت طالق ثلثا للسنة قال ذكره في باب
الطلاق من طلاق الاصل قال وقال بعض المتاخرين في شرح هذا الكتاب
لا يصح حتى يقع اكثر من واحدة وفي زيادات الزيادات امر رجلا ان يطلق
امراته المدخول بها للسنة فقال لها الوكيل انت طالق للسنة او قال
اذا حضت او طهرت فانت طالق فحاضت وطهرت لم يقع شي لانه ايقاع
قبل وقت السنة كما لو قال له طلقها غدا فقال لها الوكيل انت طالق
طلقت لان الوكيل بالتنجيز لا يملك الاضافة والتعليق ولو قال طلقها
ثلثا للسنة فطلقها للسنة وقعت واحدة للحال ولا يقع غيرها
فاذا حاضت وطهرت يطلقها اخرى وكذا الثالثة بخلاف الزوج
فانه يملك التنجيز والاضافة وفي الفتاوي الظهيرية قال لامراته

وهي امة انت طالق للسنة ثم اشتراها لا يقع فلو انه اعتقها وانقضت
عدة شهاين تزوجها وهي حايض لا يقع حتى تطهر ولو لم يتزوجها لم يقع
وفي الجامع قال لها انت طالق ثلثا للسنة بعد الدخول بها بالف
فقبلت وقعت واحدة بثلثه الالف اذا كانت طاهرة بغير جماع وكذا
في الطهر الثاني ان تزوجها قبل الطهر يقع طلقة ثانية بالثلث
وكذا لو تزوجها قبل الطهر الثالث تقع الثالثة اذا طهرت بالثلث
الباقي وان لم يتزوجها تقع الثانية والثالثة بغير شي اذا كانت
العدة قايمة والمعنى فيه ان طلاق السنة في المدخول بها يتعلق
بالملك والطهر فلا تقع في الحيض وان كان قبل الدخول وفي الموغيناني
عن محمد رحمه الله في حرة تحت عبد طلقها للسنة ثم اشتراه يقع
الطلاق في وقت السنة وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقع ولو قال
انت طالق للسنة وهي طاهرة من غير جماع من الزوج لكن وطيها
غيره زنا وقع الطلاق في هذا الطهر وان كان بشبهة لم يقع فيه
قال انت طالق للسنة احداهما باين فله ان يجعل الباين ايهما شا وان ابتدا
حتى حاضت وطهرت بانت ثنتين ولو قال احداهما للسنة والاخرى
للبدعة فالبدعة تقع في الحال وان كانت طاهرا والسني يتاخر الى
وقته والفاظ السنة ان يقول انت طالق للسنة او في السنة
او مع السنة او على السنة او طلاق السنة او طلاق العدة او للعدة
او الدين او الاسلام او الحق او القران او الكتاب او احسن الطلاق
او اجمله او اعدله اما لو قال في كتاب الله او بكتاب الله ان نوى السنة
فهو للسنة وكذا على قول القضاة والفقها ونوى السنة دين
وسياتي تمامه ان شا الله تعالى وفي الجامع لو قال انت طالق للبدعة تخير
لكثرة انواع البدعة وان كانت طاهرا وفي البسيط لا تقع حتى تحيض
او يجامعها فيقع عند غيبوبة الحشفة وفي الروضة الحنيفية
قال انت طالق لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حايض طلقت
في الحال لغير السنة ولو قال باين السنة لا تقع الا في وقت السنة
ولو قال انت طالق بعد السنة يقع بعد الحيض والطهر ولو قال قبل
السنة يقع في الحال **فصل قوله** ويقع طلاق كل زوج
اذا كان عاقلا بالغا وهذا اجماع ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنايم

قال

قال لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمجنون وهكذا
الحديث في المبسوط والمحيط والبدايع وفيه عطا ابن عجلان قال
الترمذي ضعيف ذاهب الحديث ولفظه كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه
المغلوب على عقله وليس فيه ذكر الصبي وفي البخاري قال علي ابن ابي
طالب كرم الله وجهه كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه ولم يرفعه
ورفعه لا يصح ورواه البخاري ايضا عن ابي هريرة رضي الله عنه عن
النبي صلى الله عليه وسلم وهذا الذي ذكره صاحب الكتاب قول الجمهور
وهو مذهب مالك والشافعي رحمة الله عليهما وقال في المغني اذا اعقل
الصبي الطلاق وطلق لزمه وهو اكثر الروايات عن احمد رحمه الله
واختارها ابو بكر والخرقي وابن ماجد وزعموا ان ذلك مروي عن ابن المسيب
وعطا والحسن والشعبي واسحق وروى ابو الحرث عنه اذا اعقل الطلاق
جاز طلاقه ما بين العشر الى اثني عشرة وتعلقوا بقوله صلى الله عليه
وسلم الطلاق لمن اخذ بالساق وهو باطل بالمجنون والنايم والمكره
عنده وبقوله صلى الله عليه وسلم كل الطلاق جايز الا طلاق المعتوه
كما تقدم وذكروا عن علي رضي الله عنه انه قال اكتموا الصبيان
النكاح قالوا فايدته ان لا يطلقوا وللجمهور انه ازالة ملك النكاح
وهو ضرر محض فلا يعتبر منه كالمجنون ولان كل منهما غير مكلف وفي
الجامع اذا كان الصبي مجنونا وفرق بينهما بالجب يكون طلاقا على
المذهب وان لم يقع طلاق الصبي ومنهم من جعله فسخا ووجه الاول
ان الطلاق مستحق عليه للمراة فهو هاهنا له كما لو ملك قريبه فانه
يعتق عليه وفي الذخيرة وطلاق الصبي والمجنون والمعتوه غير
موقوف واقع ولا موقوف وكذا طلاق النايم وان اجازه بعد ما
انتبه فكذا الصبي لو اجازه بعد بلوغه او طلق غيره فاجازه
بعد بلوغه ومثله في الروضة وكذا نقله الرافعي عنا وكذا لو
قال اوقعت ما تلفظت به في النوم لا يقع ولو قال اوقعت ذلك
يقع ويلغو اذلك ولو طلقها اربعا او خمسا ثم قال اوقعت
الزيادة على الثلث على فلانة لا يقع على فلانة شي وعند الشافعي
رحمه الله لا يقع وفي المحيط ان اجازه بعد بلوغه والنايم بعد انتباهه
بان قال كل واحد اجزته ذلك الطلاق يقع لان لفظه يصح الابتدا

للايقاع وفي الجامع رجل تزوج بغير شهود واجاز بحضرتهم لم يجز وكذا
لو طلق الصبي او باع ثم بلغ فاجاز ما صنعه لم يجز وان قال جعلت ذلك
النكاح نكاحا او ذلك الطلاق طلاقا جاز وان لم يقل نكاحا لم يجز وفي
الزيادات كل تصرف ليس له مجيز حال وقوعه لا ينعقد حتى لو جوز
المكاتب لا يتوقف لانه لا مجيز له حال وقوعه لان المولى لا يملك
التصرف فيه وهو لا يملك تزويج عبده بخلاف امته فاذا اعتق المكاتب
واجاز لا ينعقد وفرق بين هذا وبين ثلاث مسايل احداها اذا
كفل المكاتب بالدين اعتق نفذت كفالته فان لم يكن لها مجيز حال
صدورها لان المولى لا يملك اجازتها والثانية وكل المكاتب عبده
رجلا بان يعتق عبده ثم اجاز الوكالة بعد ما اعتق جازت وان لم يكن
لها مجيز حال وقوعها والثالثة اوصى المكاتب بعين من اعيان
ماله ثم عتق فاجازها صحت الوصية باجازته وان لم يكن لها مجيز وكذا
الصبي اذا اوصى ثم بلغ فاجاز والفرق ان كفالة المكاتب نافذة
في حقه فيوخذ بها بعد عتقه من غير اجازة واما التوكيل
والاجازة والوصية فالاجازة فيهما انشا والاجازة فيهما في الوصية
وصية مبتدا وليست بامضا فلا يعتمد موقوفا حتى لو قال اجزت ان
يكون مالي وصية لفلان كانت وصية له بخلاف ما لو اعتق او وهب او
تصدق ثم عتق فاجاز لم يجز لانها لا تنعقد بلفظ الاجازة حتى لو قال
اجزت عتق عبدي او اجزت لفلان من مالي كذا هبة او صدقة لا يصح شي
من ذلك ولا يكون هبة ولا صدقة ولان الاجازة تستعمل في الامضا والانشا
فان اضيفت الى الموجود يراد بها الامضا صحيحا كان الموجود او باطلا
وان اضيفت الى الموجود فحملت على الامضا فلم تعمل وفي الوصية اضيفت
الى المعدوم لانها تنعقد عند الموت فحملت على الانشا فعملت انتهى
كلام قاضي خان فثبت ان الصحيح ما ذكر في الذخيرة والروضة والجامع
والزيادات دون المذكور في المحيط ولو اقر الصبي الذي يعقل بالرق
اقراره قال في التحرير لو ادعى انه حر والذي في يده انه عبد كان القول
قوله فكذا في ضده والله اعلم قلت هو مشكل والفرق بينهما ظاهر
لان في اعتبار قوله على نفسه في الروض رانظاهرا عليه بخلاف العكس مع
ان الظاهر يشهد للعكس لان الدار دار الاحرار ولهذا لو ادعى ذمي

انه

انه ومسلم انه عبده وهو في ايديهما لا يعتبر اقراره على نفسه ويجعل
ذميا كافرا ولا يجعل عبدا مسلما اقرارا من الرق قال في التحرير لان له فيه
منفعة عاجلة لاستحقاق النفقة على مولاه والنايم في حكم المستيقظ
في سبعة وعشرين حكما وقد ذكرناها في باب التيمم فلا نعيدها هنا
وفي الذخيرة المعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير
الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون وقيل الفاصل بين المجنون
والعاقل ان العاقل من يستقيم كلامه وافعاله وغيره نادر والمجنون
ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على المستوا وقيل المجنون من يفعل ما تفعله
المجانين عن قصد مع ظهور الفساد وفي الصحاح والمغرب المعتوه
الناقص العقل وعنه الرجل على ما لم يسم فاعله عتها وعتاهة وعتاهية
والعته البحر والرعونة وجن الرجل مثله فهو مجنون واحمد الله فهو
مجنون ولا يقال مجن على غير قياس والله اعلم **قوله** وطلاق المكره
واقع خلافا للشافعي رحمه الله وبه قال مالك وابن حنبل رحمة الله عليهما
وروي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهم ومن التابعين
الحسن وعطا والنخعي وداود وبالاول قال عمر بن الخطاب وعلي
بن ابي طالب وابن عمر رضي الله عنهم ذكره ابن حزم في المحلى وبه قال الشعبي
وابن جبير والنخعي والزهري وسعيد بن المسيب وشريح القاضي وابو
قلابة عبد الله بن زيد الجرمي التابعي الكبير وقتادة والثوري ذكر
ذلك ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه والحافظ ابو جعفر الطحاوي
وزاد فيه عمر بن عبد العزيز وابو عمر في الاستذكار وهكذا ذكر المنذري
قيل للشعبي يزعمون انك لا ترى طلاق المكره قال انهم يكذبون علي وقال
ابراهيم ما شي اقتدي به فهو جايز ولو وضع السيف في مفرقه حتى
طلق لاجزت طلاقه واحتجوا بما روي عن عايشة رضي الله عنها قالت
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا طلاق ولا عتاق في غلاق قال
المنذري والمحفوظ في اغلاق وزعموا انه الاكراه قال ابو داود واظنه
الغضب قال المنذري وعند الحنفية الاغلاق هنا الغضب فحمله على
الاكراه مع هذا الحكم ان الحديث ضعيف وفيه محمد بن عبيد ابن ابي صالح
المكي وهو ضعيف ومحمد بن اسحق ضعيف مدلس وبقوله صلى الله عليه وسلم
تجاوز الله لامتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه رواه الحافظ

ابو جعفر في شرح الاثار ولا حجة لهم فيه لان التجاوز العفو عن الاثم لان العفو
عن الطلاق والعتق لا يصح لانه غير مذنب فلم يدخل تحت الحديث وروي
ايضا رفع عن امتي الخطا والنسيان الحديث والمراد به رفع الاثم بدليل ان
المخطي والناسي يقع طلاقهما وعتقهما مع ان هذا باب الاقتضا عندهم وليس
له عموم والدليل عليه ان من اكره على وطي امته وجب عليه الغسل
وحرمت عليه امها ولو خاطب بالطلاق امراته على ظن انها زوجة الغير
فاذا هي زوجته فالمشهور وقوع الطلاق عليها وكذا الوصي ان له زوجة
او زوجة ابوه في صغره او وكيله في كبره ولم يعلم فقال زوجتي طالق
او هذه طالق فالمشهور وقوعه ذكر ذلك كله الرافعي في شرح العزيز
وتعلقوا بما روي عن ثابت الاحنف الذي تزوج بام ولد عبد الرحمن بن زيد
بن الخطاب فان عبد الرحمن اكرهه على طلاقها فقال ثابت هي طالق الفا فردها
عليه ابن عمر وابن الزبير ولا حجة لهم فيه لثلثة اوجه احدها ان قول
الصاحب ليس بحجة عند الشافعية فلا تعلق لهم به والثاني ان ثابتا
اكرهه على لفظ الطلاق والمتيقن فيه طلقة واحدة وقد اتى بالف
مختارا وفي مثله يقع الطلاق عندهم فلم يرد المخالفين لابن عمر وابن الزبير
رضي الله عنهما في هذا مع ان ابن حزم روى عن ابن عمر خلافه والثالث ان ذلك
مختلف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فلا يحتج بقول البعض
على البعض ولنا ان نختار في ذلك والشافعية سلكوا في ذلك ثلث مسالك
المسلك الاول بحديث رفع القلم والجامع عدم القصد وهو ضعيف
من وجهين احدهما المراد به ترك المواخذه عرفا فان المولى اذا قال
لعبده رفعت عنك ما تخطي وما تنساه كان معناه لا اتعرض للوم والتوبيخ
فكذا ما استكرهوا عليه فان المراد به نفي المواخذه ولانه سبب
الاكراه والخطا والنسيان ويتعين حمله على ذلك فان من اكره على اتلاف
مال غيره يضمن قيمته والوجه الثاني منع عموم كلمة ما فانها لا تعم
عندهم الا في الشرط والاستفهام والمسلك الثاني ان ملكه معصوم
فوجب ان لا يزول الا برضاه والمكره غير راض به وهو ضعيف ايضا لوجهين
احدهما منع عدم الرضى منه فان المكره قد اختار ايسر الامرين ورضي
به لدفع امر عظيم منه والوجه الثاني منع اشتراط الرضى في الطلاق
والعتاق كالهازل والمخطي والناسي والمسلك الثالث القياس على الاقرار

بالطلاق

بالطلاق والعتق مكرها والاكراه على اسقاط الشفعة وعلى البيع والشرا
والهبة والاكراه على الردة ولان الاكراه ظلم فاذا قلنا بعدم نفاذه يمتنع
عن الاكراه لعدم الفايدة فيه وفي المعروض في الخلاف للشافعية ان المكره
اذا ترك التورية يقع طلاقه والتورية ان يخطر بباله انه يقصد اجنبية
باسم زوجته او الانطلاق الحسي دون الشرعي وانه طلقها من نكاح سابق
ولم يحك فيه خلافا عندهم وفي البسيط في ترك التورية وجهان احدهما وقوعه
واختار القفال ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه
الحافظ ابو جعفر الطحاوي وابو داود وابن ماجة وابن حنبل والترمذي وقال
حديث حسن غريب والعمل على هذا عند اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم وغيرهم فدل على عدم اشتراط الرضى والقصد في ذلك واخرجه الحاكم
في المستدرك وقال هذا حديث حسن صحيح الاسناد وهو في الالمام قال ابو الفرج
ابن الجوزي في التحقيق فيه عطا قال هو ابن عجلان متروك قلت قد اخطا في حديثه
بل هو عطا بن ابي رباح هكذا ذكره ابو داود في سننه وفي الكمال قال يحيى بن عبد
الرحمن عطا بن عجلان ثقة وروي له الترمذي بقوله متروك باطل ومن اسمه عطا
من رجال الكتب الستة عشرون رجلا وتعيينه ابن عجلان من بين العشرين من
غير مستند ولو لم يكن قد نص ابو داود على ابن ابي رباح كان تعسفا فيه وحكا
وقلة دين وهو قادح والاعطيه غيرهم ثمانية من رجال الحديث الضعفا عطا
ابن عجلان وعطا ابن ابي راشد وعطا ابن عثمان القرشي وعطا ابن المبارك وعطا
ابن مسروق وعطا ابن سفاه الاسدي وعطا ابو محمد الجمال وعطا البزار وقال
ابن الجوزي المذكور روي جابر بن عبد الله وابن عباس رضي الله عنهم انه صلى الله عليه
وسلم قضى بشاهد ويمين في المال وقد خالفه ابو حنيفة رضي الله عنه وخالف
الاحاديث الصحاح فلاجل ذلك بسطوا الالسن في حقه فلم يبق معشر من الايمة الا
تكلم فيه والعجب منه انه اذا راى حديثا لا اصل له يحج القياس ومال اليه الحديث
نقض الوضو بالضحك والله اعلم قلت ذكر عبد الحق من طريق مسلم عن ابن عباس رضي
الله عنه وهو في كتاب مسلم من طريق قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس وروى
الترمذي ذكره في علله هكذا ثم قال سالت محمدا عنه فقال عمرو بن دينار لم يسمع
من ابن عباس هذا الحديث وقال الحافظ ابو جعفر الطحاوي قيس بن سعد لا نعلمه
يحدث عن عمرو بن دينار بشي وهذا كما ترى رمي الحديث بالانقطاع في موضعين من

البخاري فيما بين عمرو بن دينار وابن عباس ومن الطاوي فيما بين قيس بن سعد وعمرو بن دينار ذكر ذلك علي بن محمد بن القطان في الوهم والايهام وذكر ابو بكر الرازي بمعناه وقال برواية سيف بن سليمان المكي عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار وقيس لا يعرف له رواية عن عمرو وكما ذكر البخاري وسيف ضعيف وخالف يحيى بن يحيى الاندلسي المالكي مالكا والقاضي اسماعيل بن اسحق في القضا بشهادة شاهد ويمين وهما مالكيان وكذا في القنوت في الفجر وهو مذهب ليث بن سعد وقال الشافعي رحمه الله كان افقه من مالك **وقوله** فلم يبق معشر من الايمة الا تكلم فيه لتدكذب في ذلك ذكر ابو عمر بن عبد البر النمري المالكي حافظ اهل المغرب في الاسعاف فضايل الايمة الثلثة الفقها ابي حنيفة ومالك والشافعي رضوان الله عليهم ان يحيى ابن معين صاحب الجرح والتعديل كان يعظم الامام ابي حنيفة رحمه الله ويقول انه ثقة وهو اصل من ان يكذب وذكر فيه ان شعبة ابن الحجاج كتب اليه يستامره ان يحدث وعلي ابن المديني وحسن بن صالح بن حي واخوه من اهل الكوفة وكانا غاية في الدين والزهد والورع وسقوا الامام ابا حنيفة رضي الله عنه وابوا عليه وخلق غيرهم ممن لا يحصى عددهم وقال ابو عمر المذكور من اشتهر بالسيادة والفضل لا يسمع كلام بعضهم في بعض وذكر فيمن تكلم في مالك رضي الله عنه والشافعي ايضا رحمه الله ورضوانه عليه وانشد يحيى بن معين في ابي حنيفة فقال

حسدوا الفتى اذ لم ينالوا سعيه ... فالقوم اعداء له وخصوم

كضراير الحسناء قلن لوجهها ... حسدا وبغيا انه لذميم

وقد ذكرنا ذلك مستوفى في فضل العلما قبل هذا وقوله في حديث بعض الفقها اذا وجد حديثا اصل له هجر القياس لاجله مثل حديث نقض الوضوء بالضحك جهل منه او بعام فان الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد الامام الحافظ ذكر احد عشر حديثا في القهقهة بعضها مرفوع متصل وبعضها مرسل وكل واحد منها حجة عند مقلده يهجر به القياس عنده فقد ترك احد عشر حجة عنده واخذ بما ليس بحجة عنده وهو القياس لان من اصله ان الحديث الضعيف مقدم على القياس لو سلم ضعيف والحديث الضعيف اذا روي من طرق كان حسنا احتج به ذكره النواوي رحمة الله عليه وغيره وروى محمد بن الحسن وعبد الحق والعقيلي من حديث صفوان ابن الاصم ان رجلا كان نايما مع امراته فقامت واخذت سكينا وجلست على صدره فوضعت السكين على حلقه وقالت طلقني والا ذبحتك فناشدها الله فابت فطلقها ثلثا وذكر

ذلك

ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق قال ابو حاتم ليس بالقوي ولم يتكلم احد فيه بالضعف لكن لما لم يوافق مذهبهم قالوا حديثه منكر وفي الكامل قال البخاري رضي الله عنه حديثه منكر قال هذا الذي ذكره البخاري بسوى الحديث واحد ويقصد البخاري كره الرواية ويدل على وقوع طلاق المكره حديث حذيفة وابنه حين طلقهما المشركون فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ويستعين عليهم بالله فقال ابو جعفر بين رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اليمين على الطواعية والاكراه سوا وكذا الطلاق والعتاق لعدم القايل بالفرق فيثبت بما ذكرنا ان حديث ابن عباس رضي الله عنه في الشرك وحديث حذيفة في اليمين ولان الاكراه لا يسلب الا الطواعية والرضى الذي اختار على القتل فاشبه الهازل وهو الذي يلاعب زوجته لمخاطبتها بلفظ الطلاق من غير قصد له ولو اتى بالشرط ناسيا للتعليق يقع ولو قال طلق امراتي والا قتلتك يقع وقولهم الاكراه يسقط حكم اللفظ باطل وقد صححوا اسلام الحربي والمرتد مكرها والذمي في احد الوجهين اصحهما المنع وفي الوسيط في القصاص قولان وفي وقوع الطلاق المعلق اذا اكره على اتخاذ شرطه قولان ولو اكره المولي بعد مضي مدة الايلا على طلاق فما يقع وفوات الرضى بوقوع الطلاق لا يقدح في وقوعه الا ترى ان الوصي باشتراط الخيار في الطلاق يفوت ولا يمنع لزوم الطلاق ذكره الرافعي ولو اكره على ان يطلق زوجته او يطلق عبده فطلق يقع وليس بر اضرفيه ولا واحد منهما مستحق عليه فينبغي انه اذا اكره على انه يقتل نفسه او يطلق امراته فطلقها اذا يقع واحد منهما مستحق عليه وقد اختار اصلح الامرين كما قالوا في العتق والطلاق ولو جامعها وهي صايمة او محرمة مكرهة ان صومها وحجها يبطل وسووا فيهما بين المكره والمختار ولو قال المكره طلقتها فقال فارقتها او سرحتها يقع الطلاق وكل واحد منهما صريح في الطلاق عندهم واي فرق بين الثلث الا في اللفظ ولا اعتبار به عند اتحاد المعنى والحكم ذكره الرافعي رحمه الله وهذا لان المكره اذا علم ان طلاق المكره لا يقع في الشرع لا يرد قتله فكان في وقوع طلاقه سلامة مهجته فتعين القول به ولا معنى لقولهم اذا علم ان طلاقه لا يقع

يمتنع من الاكراه لعدم الفايدة لانه يكون اعدا بقتله وانما ترك قتله لحصول مقصوده بوقوع طلاقه واذا لم يقع لم يحصل غرضه فيقتله قطعا والجواب عن الاقرار بالطلاق مكرها ان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب وقيام السيف على راسه يرجح كذبه بخلاف الانشا وفي المبسوط الاكراه اثره عند الشافعي رحمه الله في الغاء عبارته كاثر الصبا والجنون وعندنا تاثيره في سلب الرضا في اهدار عبارته حتى كان تصرفاته منعقدة ولكن ما يعتمد لزومه كالبيع والشرا ونحوهما لا يلزم وما لا يعتمد الرضى يلزم كالنكاح والطلاق والعتق ونحوهم قال السرخسي قد اكثر محمد رحمه الله عليه الاستدلال بالاثار في اول كتاب الاكراه وهو لا يزيل الخطاب حتى تتنوع افعاله مباح وواجب وحرام فالواجب شرب الخمر واكل الميتة وتارة قتل النفس والزنا وذلك لا يجوز الا باعتبار الخطاب وقال ابن حزم فيه قول ثالث وهو ان المكره ان كان لصا لا يلزمه فان اكرهه السلطان لزمه وهو قول الشعبي وفيه قول رابع وهو ان اكرهه ظلما فوري لم يلزمه وان لم يور لزمه وهو احد قولي اسحق واحد الوجهين للشافعية وقد ذكرناه وفي المحيط عشرة تصح من المكره الطلاق والنكاح والعتق والعفو عن القصاص والرجعة والايلا والفي والظهار والنذر والله اعلم قلت والاسلام بخلاف البيع ونحوه فانه ينتقض بالشروط الفاسدة والله اعلم **قوله** وطلاق السكران واقع وفي الجواهر السكران بخمر او نبيذ فالمشهور وقوع طلاقه وقد رويت عنه رواية شاذة بعدم لزومه وفي الانوار قال مالك رحمه الله وذلك الامر عندنا في الطلاق والعتاق دون النكاح وقال محمد بن الحكم لا يلزمه طلاق ولا عتق وفي الجواهر الركن قصده ويتوهم اخلاله بخمسة اسباب الاول سبق اللسان به ولا يقع والثاني الهزل به ولا يؤثر في الطلاق والعتاق وكذا النكاح وفي السليمانية لا يجوز وفي عارضة الاحوذي قال القاضي ابو بكر ابن العربي الاشبيلي نكاح الهازل لا يصح وقال ابو بكر ان اللباد يلزمه وبه قال الشافعي رحمه الله عليه والمعول عليه هو الاول والثالث الجهل فاذا قال يا عمرة فاجابته حفصة فقال انت طالق ثم قال حسبتها عمرة طلقت وفي طلاق حفصة خلاف عندهم ولو لقن اعجمي لفظ الطلاق وهو لا يفهمه لا يقع طلاقه

وفي

وفي خزانة الاكمل قال استغفر الله ما فسبق لسانه فقال انت طالق يقع بخلاف العتق وفي رواية الاملا هما سوا ولا يجوز الغلط فيهما وفي الغنية كتبت انت طالق وقالت اقراه فقراه لا يقع ما لم يقصد خطابها به وفيه قالت اقرا هذا الدعا انت طالق باين فقراه لا يقع ان كان معذورا بالجهل وفيه لقنته الطلاق بالعربية فطلقها ولا يعلم يقع ومثله عن ابن سماعة عن محمد رحمه الله وعن ابي القاسم وابي الليث يطلق ويعتق قضا لا ديانة وقد تقدم من ذلك جملة الرابع الاكراه ولا يقع طلاق المكره ولا اقراره به ولا بالحنث ولا باليمين والخامس الجنون فلو شرب دوا فجن به امتنع نفوذ تصرفه وقد ذكرنا حكم طلاق السكران وفي البسيط وفتح العزيز المنصوص للشافعي رحمه الله جديدا وقديما وقوع طلاق السكران ونص في الظهار على قولين فمنهم من نقل من الظهار قولا الى الطلاق ومعظم العلما صاروا الى وقوع طلاق السكران وطلاق السكران واقع في احدى الروايتين عن ابن حنبل رحمه الله واختاره ابو بكر الخلال والقاضي من الحنابلة وفي المغني وهو قول سعيد ابن المسيب ومجاهد وعطا والبصري والنخعي والاوزاعي وميمون ابن مهران والحكم وشريح وسليمان ابن يسار وابن سيرين وابن شبرمة وسليمان ابن حرب والثوري وهو قول عمر وعلي وابن عباس ومعوية وبه قال قتادة وحميد وجابر بن زيد وابن ابي ليلى وعمر بن عبد العزيز والحسن بن حي قال ابن حزم اجاز مالك جميع تصرفاته الا الردة كقول اصحابنا قال وروى ابن وهب عنه انه يجوز طلاقه دون نكاحه وقال صاحبه مطرف بن عبد الله لا يلزمه شي من تصرفاته الاربعة الطلاق والعتق والقتل والقذف وقال بلزوم طلاقه عثمان ابن عفان رضي الله عنه وطاوس والقاسم بن محمد ويحيى بن سعيد الانصاري وربيعة وعبيد الله بن الحسن والليث ابن سعد واسحق وابو ثور والمزني وابو سليمان وزفر والظاهرية وهو اختيار ابي جعفر الطحاوي وابي الحسن الكرخي وابن شريح وابي طاهر الزيادي وابي سهل الصعلوكي وانه سهل من الشافعية وجماعة من اصحابنا هكذا في الروضة وقال عثمان البتي لا يلزمه من عقد ولا بيع ولا نكاح ولا حد الا حد الخمر فقط وقال الليث لا يلزمه شي بقوله واما ما عمل بيده فقتل او سرقة او زنا فانه يقام عليه وفي

الذخيرة طلاق السكران واقع اذا سكر من الخمر والنبيذ ولو اكره على الشرب
فسكر او شرب للضرورة فذهب عقله يقع طلاقه ورواه هشام عن محمد
وعلل بان عقله ذهب بلذة وفي البدايع لو شرب مكرها لا يقع طلاقه وفي
جوامع الفقه عن ابي حنيفة رحمه الله يقع وبه اخذ شداد ولو ذهب
عقله بدوا او اكل البنج لا يقع وذكر عبد العزيز الترمذي انه سال
اباحنيفة والثوري عن رجل شرب الخمر فارتفع الى راسه فقالا ان كان يعلم
حين شرب ما هو يقع والا لا يقع ولو شرب الخمر ولم يوافقه فصدع
منه فزال عقله لم يقع طلاقه ولو سكر من الانبذة المتخذة من الحبوب
او العسل لا يقع طلاقه عندهما وعند محمد يقع وفي المحيط لو اكره على
شرب الخمر او شربها للضرورة فزال عقله وطلق او اعتق وقع وذكر
في المنتقى وقيل لا يقع وفي الينابيع عن سداد لو شرب الخمر مكرها
لا يقع طلاقه وفيه لو سكر بالبنج او الدوا لا يقع طلاقه بالاجماع
كالنايم والمغمى عليه والمبرسم والمدهوش بخلاف ما لو ضرب راسه حتى
زال عقله فانه لا ينفذ تصرفاته ولا يجعل عقله باقيا وان كان زواله
بمعصية لانه ورم ولهذا لا يشرع فيه حد ذكره في المحيط بخلاف زواله
بالخمر ونحوهما حيث اعتبر عقله باقيا ووجبت عليه الفرايض زجرا له
وفي جوامع الفقه عن الحسن ان كان لا يعلم ما يقول لا يقع وفي الذخيرة
وطلاق الهازل واقع وكذا لو اراد ان يتكلم بكلام فسبق لسانه بالطلاق
يقع وكذا العتق في المشهور وفي المنتقى قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز
الغلط في الطلاق ويجوز في العتق حتى لو اراد ان يقول لامراته اسقيني
ما فجرى لسانه انت طالق يقع وفي العتق يدين وقال ابو يوسف رحمه
الله هما سواء ولا يدين فيهما وسوى بينهما على قول ابي حنيفة رحمه الله
في الاملا كقوله وعن ابي يوسف رحمه الله لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله
ويقع العتق لان الطلاق يحتمل الوثاق بخلاف العتق وعن محمد رحمه الله
يقعان قضاء وديانة رواه عنه ابو سليمان وفي البدايع قال الكرخي
في العتق روايتان وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله عليه انهما
يستويان وهو الصحيح وروى ليث بن مسافر عن بعض اصحابنا انه من
اراد ان يتكلم بشي فقال انت طالق لا يقع ولو ابتدا من غير ارادة غيره يقع
وفي الجامع الاصغر سال راشد عمن اراد ان يقول زينب طالق فجرى لسانه

عمرة

عمرة او اراد ان يحلف على اللحم فجرى لسانه للخبز ففي القضا يطلق التي سماها
دون الديانة وكذا اللحم مع الخبز وفي المنهاج ان سبق لسانه بلا قصد
لغا وفي الرافعي اختلفوا فيمن شرب البنج متعديا وفي المنهاج للنواوي
رحمه الله من اثم بمزيل عقله من شراب او دوا نفذ طلاقه على المذهب وفي
المغني اجمع اهل العلم على ان زايل العقل بغير سكر لا يقع طلاقه وكذا
النايم وزواله بالبنج كالسكر عند احمد ابن حنبل رحمه الله ومن كان جنونه
لنشاف او كان مبرسما يسقط حكم تصرفه ولو لم يكن معرفته ذاهبة بالكلية
وقال طلقت يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لقيامها مقام العبارة
حتى لو حلف لا يعمر بخبر فلان وما بنعم براسه حنث فالطلاق اولى لان الاكراه لا
يوثر في الطلاق ويوثر في الاقرار فاذا صح الاقرار به فالطلاق اولى وفي
الينابيع هذا اذا ولد اخرس او طرا عليه ودام وان لم يدم لم يقع طلاقه
وفي المبسوط وقوعه بالاشارة منه استحسان لعدم الحروف ولا يقع بها
في الصحيح وقال قتادة يطلق ولي الاخرس ومثله عن الحسن البصري ومثله
الاخرس وفيه وعكسها في اخر الكتاب وفي الجواهر الاشارة المفهمة معتبرة من
الاخرس في الطلاق وكذا ذكره في الوجيز لابي حامد والله اعلم قوله
وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها
او عبدا وهو قول علي ابن ابي طالب وعبد الله ابن مسعود رضي الله عنهما رواه
ابن حزم في المحلى وفيه قال ايوب ثبت ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما وذكر
ابو بكر ابن ابي شيبة عن عثمان وزيد ابن ثابت ان من طلق الامة ثنتين ثم
اشتراها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وفي المحلى عن الشعبي عن اثني عشر
رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم قالوا الطلاق والعدة
بالمراة وقال داود وهمام وقتادة ومجاهد والحسن البصري وابن سيرين
وعكرمة ونافع وعبيدة السلماني ومسروق وحماد ابن ابي سليمان والحسن
ابن حي والثوري والنخعي والشعبي يطلق العبد الحرة ثلثا وتعتد بثلث
حيض ويطلق الحر الامة ثنتين وتعتد بثلثة قرو وذكر ذلك الرافعي
وصاحب الانوار وابن حزم عنهم وقالت الظاهرية لا تحرم الحرة والامة
على زوجها الحر والعبد الا بثلث تطليقات متفرقة كانت او مجتمعة
تمسكوا في ذلك بالعمومات قال ابن حزم لو اراد الله سبحانه وتعالى ان يفرق بين
ذلك لما اهمله ولا اغفله ولا عسانا بكتمانه ولبينه على لسان نبيه وما كان

ربك نسيانا فاذا لم يفعل ذلك فوالله ما اراد التفرقة بين ذلك وفيها قوله رابع
ذكر في المبسوط عن ابن عمر انه يعتبر لمن رق منهما ولا يكون الثلث الا بين
الحرين عنده تغليبا للرق ومثله عنه في الانوار وزاد عثمان البتي وابو ثور
لهم ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
الطلاق بالرجال والعدة بالنسا ذكره ابو الفرج باسناده وقال انما هو
من قول ابن عباس وفي المبسوط قيل هو من قول زيد ابن ثابت وروي ان مكاتبا
لام سلمة طلق امراته ثنتين فسال عثمان ابن عفان وزيد ابن ثابت رضي الله
عنهما وعثمان اخذ بيده فقالا حرمت عليك وذكر في الانوار
انها كانت حرة وكذا البيهقي والله اعلم ولنا ما روته عايشة رضي الله
عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها
حيضتان ويروى قرءان رواه ابن ماجة وابو داود والترمذي والدار
قطني رضي الله عنهم قال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند اهل العلم
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال ابو القسم
وسالم رضي الله عنهم عمل به المسلمون فهذا اجماع وفي احكام الحسنا محمد بن
عبد الواحد عن ابن عمر رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق
الامة ثنتان وعدتها حيضتان من زوايد عمر بن سعد السلمي رواه ابن
ماجة والصحيح روايته سالم ونافع موقوفا عليه من قوله ذكره ابو الفرج
قال مالك شهره الحديث اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم
وذكر ابو بكر ابن ابي شيبة في مصنفه عن عثمان وزيد ابن ثابت انهما قالا من
طلق الامة ثنتين ثم اشتراها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وبه قال عمر بن
عبد العزيز وعلقمة ومسروق والنخعي وابو الضحى والشعبي والزهري
وجابر ابن زيد وسعيد ابن المسيب وهو قول علي وعن الحسن انه يطاها
بملك اليمين ويروى ذلك عن علي ايضا وهذا عن عثمان وزيد خلاف ما رووا
عنهما فكان قولهما مضطربا وعن ابي حسن مولى ابن نوفل انه استفتى
ابن عباس رضي الله عنهما في مملوكة كانت تحته مملوكه فطلقها تطليقتين
ثم عتقا بعد ذلك هل يصلح له ان يخطبها قال نعم قضى بذلك رسول الله صلى
الله عليه وسلم اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجه قال الخطابي لم يذهب
الى هذا احد من العلماء فيما اعلم وفي اسناده مقال قلت ذهب اليه الظاهرية
ونص ابن حزم في المحلى وذكر ابو داود عن ابن المبارك انه قال لمعمر الحسن

هذا

هذا القد تحمل صخرة عظيمة على عاتقه قال المنذري وابو الحسن هذا ذكره بخير
وصلاح وقد وثقه ابو حاتم وابو زرعة الدارمي ان غير ان الراوي عنه عمر
بن مغيث قال علي ابن المديني منكر الحديث وقال ايضا مجهول لم يرو عنه غير
يحيى ابن ابي كثير وقال النسائي ليس بالقوي وقال الامير ابو نصر ابن ماكولا
منكر الحديث وعن ابن عطا ان ابن عباس كان لا يرى طلاق العبد ذكره في المحلى
فلاجل ذلك امر العبد ان يراجع زوجته الامة من طلقتين قلت يرده
الرويا الاخرى عنه انه قال بقيت لك واحدة والجواب عن تمسكهم بقوله
صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال الا انه لا بد من حذف مضمان او هو
عدد الطلاق او ايقاع الطلاق او قيامه او اعتباره بالرجال متعلق بالخبر
وهو قايم او معتبر بالرجال ولا يتعلق بالطلاق ولانه يبقى بلا خبر فاذا
كان لا بد من التقدير فليس تقديرهم اولى من تقديرنا بل تقديرنا اولى
لاجماعنا عليه وتقديرهم غير مسلم منا وفي المبسوط قابل النبي صلى الله
عليه وسلم العدة بالطلاق والمقابلة تقتضي التسوية وبالاتفاق
المعتبر في العدة فكذا في الطلاق ولان من ملك على القرابة عدد ان الطلاق
يملك ايقاعه في اوقات السنة وبه اخذ عيسى بن ابان رحمه الله من اصحاب
الشافعي فقال ايها الفقيه اذا ملك الحر على الامة ثلث تطليقات كيف
يطلقها للسنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت
قال حسبك فان عدتها قد انقضت بالحيضتين فلما تحير رجع فقال
ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق
اثر في تنصيف النعمة الا ان الطلقة الواحدة لا تتجزى فتكاملت
قلنا في عدتها فظاهر قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن يقتضي ان يكون
زوج الحرة المطلقة ثنتين متمكنا من رجعتها حرا كان او عبدا ولا يرد
علينا الامة تحت الحر لاختصاص المطلقات بالحراير لقوله تعالى يتربصن
بانفسهن ثلثة قروء والامة تعتد بقرءين اجماعا والله اعلم **قوله**
واذا تزوج العبد امراة يعني باذن سيده وطلق وقع طلاقه ولا يقع
طلاق مولاه على امراته وهو قول الايمة الاربعة واصحابهم وجمهور
اهل العلم وروي عن انس بن مالك وجابر ابن عبد الله وعبد الله ابن عباس من الصحابة
ان الطلاق بيد اهل المدينة لا يرون للعبد طلاقا الا باذن السيد ذكر
ذلك ابو بكر ابن ابي شيبة في مصنفه وابن حزم في المحلى للجمهور ما خرجه

ابو احمد من حديث الفضل بن المختار ان مملوكا له جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال
يا رسول الله ان مولاي زوجني وهو يريد ان يفرق بيني وبين امراتي فصعد
النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال يا ايها الناس انما الطلاق بيد من
اخذ بالساق وهو حديث منكر وقال ابو حاتم الفضل بن المختار مجهول وعن
ابن عباس قال جاء النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله سيدي
زوجني امته وهو يريد ان يفرق بيني وبينها فصعد رسول الله صلى الله
عليه وسلم المنبر فقال ايها الناس ما بال احدكم يزوج عبده من امته
ثم يريد ان يفرق بينهما انما الطلاق لمن اخذ بالساق رواه ابن ماجة من
رواية ابن لهيعة وهو ضعيف رواه الدارقطني من غير رواية ابن
لهيعة عن عصمة بن مالك مثله وفي المنافع قال صلى الله عليه وسلم لا
يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق وان كان مملوكا للعبد لا يكون مملوكا
للتنافي والله اعلم بالصواب واليه المآب

باب ايقاع الطلاق

قوله الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة
وطلقتك هكذا في اكثر الكتب وفي المحيط الطلاق على ثلثة اضرب صريح وما
هو في حكم الصريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك يقع
بها الطلاق الرجعي وان لم ينو وهو اجماع وما هو في حكم الصريح اعتدي
واستبرئي رحمك وانت واحدة لانه يقع بها الرجعي ولا يحتمل الثلث
وهي كناية لافتقارها الى النية وسيأتي الكلام في الكنايات ان شا الله تعالى
قال في المحيط لانه لازالة قيد النكاح عرفا وشرعا فصار كالموضوع لها
وما عداه بمنزلة المجاز كالصلاة وفي الذخيرة ملحق ثبت الاسم لغير ما وضع له
في اللغة عرفا وشرعا صار حقيقة يعني عرفية وشرعية ولما وضع له
مجازا اي في العرف والشرع فالحاصل ان اللفظ انواع اربعة حقيقة
لغوية مستعملة وحكمها ان لا يندفع موجبها ما لم ينو المجاز وحقيقة
عرفية وشرعية وحكمها كذلك ما لم ينو المجاز والحقيقة اللغوية قد تكون
مجازا عرفيا وشرعيا ومجازا متعارفا ومطلق اللفظ ينصرف اليه ولكن اذا
نوى ان لا يثبت ذلك لا يثبت وان لم ينو غيره وقوله ومطلق اللفظ ينصرف
اليه ينبغي ان يكون على الخلاف المعروف في الجامع وغيره الا ان يكون حقيقة

مجهورة

مهجورة ومجاز غير متعارف وانه لا يثبت حكمه بمطلق اللفظ الا بالنية قال
اصحابنا هذه الالفاظ تستعمل في رفع قيد النكاح ولا تستعمل في غيره فكان
صريحا قلت بل تستعمل في غيره ايضا **قوله** تطليقه طورا وطورا راجع
وقد ذكرته في اول كتاب الطلاق وفي اصول الفقه لشمس الايمة السرخسي
الصريح كل لفظ مكشوف المعنى والمراد حقيقة كان او مجازا والظاهر
اللفظ الذي يعرف منه المراد من غير تامل والنص يزداد بيانا بقرينة
فكان النص ظاهرا باللفظ نصا بالقرينة التي كان السياق لاجلها
وبيانه في قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا فانه ظاهر في
اطلاق البيع نص في الفرق بين البيع والربا بمعنى الحل والحرمة لان
السياق كان لاجله فانها نزلت ردا على الكفرة في دعوى المساواة بين
البيع والربا في الحل ونظاير ذلك كثير قلت ذكر واحد من الالفاظ
المتداولة في اصول الفقه ان الظاهر ما احتمل معنيين احدهما
اظهر من الاخر والشافعي يسمي الظاهر نصا فعلى هذا تسمية هذه
الالفاظ ظاهرا اولى من تسميتها صريحا واصحابنا انما سموها صرايح
لاعتقادهم انها لا تستعمل في غير الطلاق وقد ثبت استعمالها في غير
الطلاق ايضا وفي البدايع الصريح اللفظ الذي لا يستعمل في غير حل
قيد النكاح كالطلاق والتطليق الى اخر ما ذكر ان الصريح في اللغة
اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى من قولهم صرح فلان بالامر
اي كشفه واوضحه وسمي البنا العالي صرحا لاشرافه على ساير الابنية
وظهوره عليه فلاجل هذا لا احتاج الى النية في وقوع الطلاق لعدم
الابهام اذ لا يشاركه فيه معنى اخر ولهذا لم يسال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ابن عمر عن نيته لما طلق امراته في حال الحيض وفي المنافع
الصريح ما ظهر المراد منه ظهورا بينا بحيث يسبق الى فهم السامع
مراده وقوله انت الطلاق صريحا ايضا لا احتاج فيه الى النية وبه
قال مالك وابن حنبل والظاهرية ذكر ذلك في المحلى وعند الشافعية
لا يقع الا بالنية وفي الرافعي وهو الاصح وفي الفراق والسراح وهو
قول الشافعي وقال ابن حامد الصريح لفظ الطلاق وحده قال ابن
قدامة قول ابن حامد اصح لان الفراق والسراح يستعملان في غير
الطلاق كثيرا فلم يكن صريحا فيه قال الله تعالى ولا تفرقوا وقال الله

سبحانه وما تفرقوا الذين اوتوا الكتاب ولامعنى تفرقه الطلاق على ان قوله
تعالى او فارقوهن بمعروف لم يرد به الطلاق وانما هو ترك مراجعتها
وكذا السراح وعلى معان اخر وقوعا مستويا بقوله انت مسرحة للخروج
اذا شئت وسرحت الطير وسرحت ابلي وسرحت راسك فلا يتعين واحد
منها الا بالنية او القرينة وكذا فارقت صديقي وفارقت شريكي
وغيرهما وفي البسيط التعلق بالقران فيه ضعف فان الاية ما سيقت
لبيان الطلاق بالتسريح بل هو كقول القايل احق للضعيف ان يحسن
اليه او يسرح فلا يعتبر به ان يقال سرحتك وياتي بهذه اللفظة
ولهم في انت مسرحة ومفارقة وجهان بخلاف مطلقة ولو نوى في
قوله انت طالق واخواتها ان تكون باينة لا يصح وفي الفتاوي في الاصح
وهو قول الايمة الثلاثة نوى معتبر المشروع فتلغو نيته كما لو نوى
الطهر خمسا وهذا لان البينونة في الطلاق الرجعي انما يحصل بعد
انقضا العدة فلم يكن له تعجيلها كما لو قال انت باين غدا اليوم ووجه
قول الجمهور ان قوله انت الطلاق مستعمل كالطلاق فكان صريحا
كيف يصرف بقول القايل فانت الطلاق وانت الطلاق ثلثا تماما
ايوجب باسمي في العالمين وافنيت عمري عامًا فعامًا فيحمل على المجاز
لتعذر الحقيقة ولو نوى الطلاق عن وثاق وهو القيد وكسر الواو
لغة فيه لا يصدق في القضا لانه طلاق الظاهر وفي الفروق الا
ان يكون مكرها وتلوين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله وهو
قول الايمة الثلثة وفي البدايع لا يصدق في القضا ولا يسع المراة
ايضا ان تصدقه وفي المحيط لان الحقيقة مهجورة والحقيقة المهجورة
مجاز عرفي ويصدق ديانة كما لو مجاز كلام ولو نوى به الطلاق عن
العمل لم يصدق في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق
لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل اذ لا قيد في العمل لا حقيقة ولا
مجازا وفي بعض النسخ وهو غير مقيد بالعمل يعني ان الزوج غير
مقيد لها بالعمل وانما قيدها بقيد النكاح حتى لم يكن لها ان تتزوج
بغيره او هو غير مقيد يريد به تخصيصها وعن ابي حنيفة انه يدين
وفي المحيط لو قال من هذا العمل وقع في القضا ودين الديانة ولو قال
انت طالق من هذا القيد لم تطلق لانه لم يرد به قيد النكاح ولو قال

انت طالق ثلثا من هذا القيد طلقت ثلثا ولا يصدق في القضا في ترك
الطلاق لانه لا يتصور رفع هذا القيد ثلاث مرات وانما رفع ثلاث
مرات قيد النكاح وفي الذخيرة قال انت طالق من قيد او غل او عمل ذكر
هذه المسلة في موضعين واجاب في احدهما انه لا يقع في القضا
واجاب في الاخر انه يقع في القضا وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه لو قال انت طالق من هذا القيد او من هذا الغل لم تطلق وان قال
ثلثا طلقت ثلثا كما تقدم ولو قال انت مطلقة بسكون الطا لا يكون
طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة في ازالة قيد النكاح اذ المراد
فيه التطليق والطلاق لا الاطلاق والانطلاق والمطلقة اسم
مفعول من الاطلاق لا التطليق وفي المبسوط هي بسكون الطا وتخفيف
اللام وفي الذخيرة والبدايع بالتخفيف وجمع صاحب المبسوط بينهما
مستدرك اذ كل واحد منهما كاف في الفرق ولو قال انت طالق من امراة
فلان وامراة فلان مطلقة لا يقع الا بالنية كما لو قال انت ازلي من فلان
لا يكون قذفا هكذا في المحيط وغيره من الكتب الا ان يكون جوابا لسوالها
الطلاق فيقع بقرينة وفي البدايع لو قال يا مطلقة يقع عليها الطلاق
ولو كانت مطلقة من غيره او منه وقال عنيت ذلك الطلاق صدق في
القضا لانه لم يصفها الا بنفسه وفي الذخيرة ان لم يكن لها زوج
قبله لا يلتفت اليه وكذا لو كان مات عنها وان كان طلقها صدق ديانة
باتفاق الروايات ويدين في القضا في رواية ابي سليمان وروى ابن
سماعة عن محمد فيمن قال لامراته كوني طالقا يقع عليها الطلاق وكذا
في اطلقي لان قوله كوني ليس امرا على الحقيقة وانما هو عبارة عن التكون
كما في قوله تعالى انما قولنا لشيء اذا اردناه ان نقول له كن فيكون فانه
عبارة عن سرعة التكون اذ لا مامور عنده وبعد وجوده لا يكون مامورا
بالتكون ولان في جواب الامر لا بد ان يختلف الفعل او الفاعل لما عرف في
كتب النحو وفي الذخيرة لو قال تكونين غدا طالقا لا يقع بخلاف كوني
وروى في قوله تطلقين غدا انه ايقاع في الغد وان نوى العدة
دين وقيل في تصبحين غدا طالقا يقع اذ جا غد وسوى بين طالقا وتقعدين
طالقا ايقاع وذكر في فتاوي شمس الاسلام الاوزجندي اذا قال ان دخلت
الدار صرت مطلقة فدخلت فقال الزوج اردت تخويفها لا يصدق

وفي المحيط لو قال انت طالق ونوى الطلاق يقع ويحمل على الترخيم الشاذ
وبكسر اللام يقع بعوننه لان الكسرة تدل على القاف المحذوفة ولو قال
انت ار ونوى به العتق لا يقع يعتق لانه لا ياتي في الكلام الفارسي ادغام
الحرف الاخير قلت ليس هذا باب ادغام وفي حالة تذاكر الطلاق والغضب
وان لم تكن اللام مكسورة بالكتابة وفي فتاوى اهل سمرقند اذا قال لها قولي
طلقت نفسي ثلاثا وفي فتاوى الفضلي اذا قال لها قولي انا طالق لم تطلق
ما لم يقله وان قال لغيره قل لامراتي انها طالق تطلق وان لم يقل ذلك
لغيره وفي فوائد ابي بكر البلخي اخبرها بطلاقها او بشرها او احمل
عليها او قل لها انها طالق طلقت في الحال وان قال له قل لها انت
طالق لا تطلق ما لم يقل لها خذي طلاقك من غريبة ولو قال يا طا
او يا طالق لا يقع وان نوى وفي المبسوط والبدايع ذكر ابن سماعة
ان الكسائي كتب الى محمد ابن الحسن فتوى فدفعها اليه فقراته عليه
ما قول القاضي الامام فيمن قال لامراته

فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن ۞ وان تخرقي يا هند فالخرق اشام ۞
فانت الطلاق والطلاق عزيمة ۞ ثلث ومن يخرق اعق واظلم ۞

كم يقع عليه فكتب محمد جوابه ان رفع وقع واحدة وان نصب يقع ثلاث
لانه اذا رفع ثلثا فقد تم الكلام بقوله فانت طلاق ثم ابتدا والطلاق عزيمة
ثلث والطلاق مبتدا وثلاث خبره وعزيمة ان رفعها خبر وان نصبها
حال واذا نصب ثلثا فكانه قال فانت طلاق ثلثا ثم ابتدا والطلاق عزيمة
قوله ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك يعني في قوله
انت طالق ومطلقة وطلقتك وطالقة قال في الاشراف هذا قول الحسن
ابن ابي الحسن وعمرو بن دينار والاوزاعي والثوري وابي سليمان واحمد
وابي ثور ومثله في المحلى والمغني وقال زفر ومالك والشافعي والليث
وابن حنبل في رواية والظاهرية يقع ما نوى من اثنين او ثلاث وهو
قول ابي حنيفة الاول ولم يرتضه ورجع عنه ذكره في المبسوط وفي البدايع
وهو غير ظاهر الرواية احتجت الشافعية بامور الامر الاول ان الطالق
هي الذات التي قام بها الطلاق وهو يحتمل الثلاث بالاجماع يوضحه ان
طلقت في الاصل فعل ماض وهو يدل على الحدث والزمان والحدث الذي
هو المصدر بجزيه ودلالته عليه بالتضمن فتصح نية الثلاث كما لو ذكر

المصدر

المصدر صريحا والمدلالة على اقسام ثلاثة دلالة المطابقة وهي الصريح من
الالفاظ ولا يحتاج فيه الى النية كدلالة البيت على الجدار والسقف ودلالة
التضمن كدلالة السقف او الجدار وهو دلالة الكل على جزء الماهية وما
نحن فيه بهذه المثابة ودلالة الالتزام كدلالة البيت على الارض قال
صاحب المعترض من الشافعية ولا معول عليها قلت هو صحيح لان النية انما
تعمل في الملفوظ والمرض غير ملفوظ والامر الثاني انشا الطلاق وهو
يحتمل العدد والثلث لانه ينقسم على المتحد والمتعدد والحنفية بجعله
اخبارا وهو لا يحتمل الثلاث والامر الثالث زعموا انه يصح الاستفسار
في قوله طلقت وطالق فيقال كم طلقتها واحدة ام ثلاثة فدل على احتماله
للثلاث والامر الرابع القياس على البائن والنية واخوا تهما من الكنايات
وقران الثلاث باللفظ في قوله انت طالق ثلاثا وتصير على التفسير كما ذكر
في الكنايات والامر الخامس صحة الاستثنا منه فانه لو قال انت طالق
نعت فرد وهو وصف بالطالقة كقولك انت جالسة وحايضة وطاهر
فان ذلك لا يحتمل المتعدد فكذا تعينها اذا لم يكن جملة لان النعت فيه ضمير
مفرد يرجع الى المنعوت فصار كالنص على تطليقة واحدة والطلاق غير
مذكور والنية انما تعمل في الملفوظ فكانت باطلة لان الطلاق بالنية
المجردة عن اللفظ لا يقع واصحابنا يقولون نعت فرد والصواب انه
حد وفرد وليس بنعت لثلاثة اوجه احدها ان قوله انت مضمر والمضمر
لا يوصف عند البصريين والثاني انه لو جعل نعتا يبقى المبتدا بلا خبر
والثالث ان قوله طالق نكرة فلا يجوز ان يكون صفة للمعرفة ويكون حالا
يجوز واما النعت عن الخبر لكونه مستغنيا كالنعت واستدلوا على قولهم
نعت فرد لقولهم للمراتين طالقتان والجماعة طوالق وهذا متفق عليه
ولا نزاع فيه وهم او نقول الثلاث بالمصدر المدلول عليه طالق لا بنفس الطالق
وفي الحواشي قوله ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة قلنا مسلم ولكن لطلاق
هو صفة للمطلقة وقايم بها لانه اذا لم يقم بها لا يتصف بالطالقية لغة
فان العالم هو الذات التي قام بها العلم وليس ذكر الطالق ذكر الطلاق
هو تطليق من الزوج لغة بل شرعا فاذا لم يقم بالزوج تطليق لغة لم يصح نية
الثلاث لعدم اللفظ لغة وفي المبسوط ويدل عليه انه عليه السلام سال
ابن عمر هل اراد ثلثا لما طلق امراته في حال ام لا ولو كان لفظه محتملا

للثلاث فسأله وحلفه كما حلفه كما سأل ركانة بن عبد يزيد حين طلق امرأته
سهيمة المزنية البتة وفي المبسوط كما سأل ابن ابي ركانة وفي الشامل
يزيد بن ركانة والصحيح ما ذكرته وطلقت لا تحتمل العدد لانه فعل والعدد
في الاسما كقولك قمت وقعدت واحده لا تخالف فيه ودلالته على الطلاق
بالاقتضا والاقتضا لا عموم له عندنا ان المسوغ من باب اللغة لا من باب
الضرورة والاقتضا وفي المغني ولان طلاقا لا يحتمل عددا ولا بينونة
فلا يقع الثلاث ولا الثنتان كما لو قال انت واحده وحايض وطاهر
ونوى في ذلك العدد والا ان نية الثلاث من طالق بعيد فوجب ان لا يصح
كما لو قال زوري ابويك ونوى الطلاق وان كان الخروج من ضرورات
الزيارة وهم يعتقدون ان طالقا وطلقتك واخواتهما دلالتها على
العدد دلالة التضمن وهو باطل فان العدد ليس بعضا كقوله طالق
ولا لازم له لا جزام الماهية ليس عددا لتكون دلالته عليه بالتضمن
ولا من لوازمه فانه لا يحرم من وجود طالق وطلقت وجود العدد
والجواب عن قياسهم على المصدر في قوله انت طالق او انت طالق
الطلاق في دلالته على العدد ممنوع فان نية العدد فيه مع التصريح
بها لا يصح عندنا لان المصدر اسم جنس والجنس يدل على الماهية من حيث
انه خالف ولا يتعرض لعدده والثاني الفرق بين التنصيص على المصدر
وبين الدلالة عليه بالتضمن لو سلم فان النص عليه اقوى من التضمن فلا
يلزم من القول بوقوع الثلاث بالمنوي وقوعها بالنية في المدلول عليه
من حيث الاشتقاق مع انه دونه في الدلالة ولان المنطوق به على التقدير
مرته اذ ليس المقدر كالمنطوق به والجواب عن بيانهم الخلاف على الانشا
والاخبار ولان الانشا يحتمل العدد والثلاث لانه ينقسم الى المتحد
والمتعدد بخلاف الاخبار من وجهين احدهما ان الاخبار ينقسم الى المتحد
والمتعدد والوجه الثاني ان التوحد والتعدد يرتفعان من لوازمه
الوجود واللفظ يدل على الماهية الخالية عن اللوازم والنية انما تعمل
في الملفوظ لا في اللازم فكان العدد والثلاث من قبيل اللازم فلا اثر للنية
فيها والجواب عن جواز الاستفسار من وجهين احدهما ان الاستفسار يصح
في الالتزام حتى لو قال دخلت السوق يحسن ان يستفسر فيقال ادخلتها
راكبا او ماشيا او محمولا ولو قال قتلت فلانا يجوز ان يقال اقتلته بالسيف

او

او بالسكين او غيرهما من الالات ولو قال صليت يستقيم ان يقول صليت في المسجد
او في الدار والالة من لوازم القتل والمكان من لوازم الصلاة وكذا التعدد والتوحد
هنا من لوازم الصلاة الطلاق وقد بينا ان الاعتبار لنية اللازم والوجه الثاني
ان جواز الاستفسار قد يعتمد ايقاع الثلاث والعدد بالنطق لا بالنية والنزاع
في النية حتى لو لم يرد على طالق يمنع جواز الاستفسار والجواب عن قياسهم
على البائن والبتة وغيرهما من الكنايات ان البينونة واخواتها تنقسم الى الصغرى
والحقيقة والغليظة شرعا وحقيقة كالبينونة بواحدة والبينونة
بثلاث كما نقول في البينونة الحسية فانها تكون قريبة وقد تكون بعيدة
فاذا نوى الكبرى والغليظة فقد نوى احد النوعين وصحت نيته فكانت
تاثير النية في تعيين احد المحتملين بخلاف الصريح فان الانطلاق الحسي لا ينقسم
الى الاصغر والاكبر لان الانسان اما ان يكون معبرا او مطلقا فاذا لم يتصور
انقسامه حسا لا يثبت شرعا لان الاصل ورود الشرع على وفق العقل
لانه يصح له لان النبوة لا تثبت الا بالنظر الى المعجزات بالعقل اما الجواب
عن قران الثلاث به وزعمهم انتصابه على التمييز فمن وجهين احدهما وهو
الاول ان لا ابهام في طالق وفي البسيط قال قايلون ان ثلاثا في قوله انت طالق
ثلاثا نصب على التفسير وهو جهل بالعربية وانما هو نعت لمصدر محذوف
انتهى كلام صاحب البسيط والوجه الثاني ان المصدر محذوف اقيم صفته
مقامه اي طلاقا كقولهم اعطيته جزيلا وضربته وجيعا اي ضربا وجيعا
ووجود الصفة كوجود الموصوف لقيام الصفة مقامه ووجه اخر ان
الحذف له عموم كقوله تعالى واسال القرية لما عرف في اصول الفقه والجواب
عن صحة الاستثنا ان الاستثنا لا يكون الا في المنطوق دون البيع حتى لو اقر بدار
واستثنا بناها لا يصح لدخوله في اسم الدار تبعا فدل على المستثنى منه والخلاف
في نية ما دل عليه اشتقاق اللفظ وفي البسيط لو قال انت طالق واحدة ونوى
ثلاثا ففيه ثلاثة اوجه احدها لا تصح النية لان الواحدة نص في العدد ومجرد
النية لا يلغى وفي المغني نية الثلاث في الواحدة فاسدة لانها لا تتصور ان تكون
ثلاثا الا بانضمام اثنتين اخرتين اليها وليس ذلك لفظه والوجه الثاني تقع الثلاث
وبه قال مالك والوجه الثالث ان بسط النية للثلاث على جميع قوله انت طالق
واحدة لم يقع الثلاث وان نوى الثلاث بقوله انت طالق وذكر الواحدة بعد تمام
النية وقع الثلاث واختاره القفال ولو قال انت واحدة ونوى الثلاث يقع

الثلاث وفي الجامع لو قال ان تزوجت او اكلت او شربت او سكنت او لبست او اغتسلت
ونوى شيا دون شي لا يصدق لانه نوى التخصيص في الفعل والفعل لا عموم له
قال فخر الدين ابن الخطيب قال ابو حنيفة الفعل لا عموم له وهو الحق وعن ابي
يوسف وهو رواية النوادر واختارها الخصاف وبنى عليها كتاب الحيل قلت
قد قال الاصحاب بتخصيص الفعل في اربع مسايل المسلة الاولى اذا قال لها
طلقي نفسك وهو ينوي الثلاث صحت نيته والمسلة الثانية اذا قال ان خرجت
ونوى السفر صدق والمسلة الثالثة اذا قال ان ساكنتك في هذه الدار
ونوى ان تكون في بيت منها غير معين يصدق والمسلة الرابعة اذا قال ان
اشتريت ونوى الشرا لنفسه صدق والكلام في تخريج هذه المسايل في قوله
طلقي نفسك المصدر فيه محذوف اي افعلي فعل الطلاق والحذف له عموم
لانه من باب اللغة والمعنى فيه ان الامر طلب ادخال المصدر في الوجود
لان الامر طلب الفعل من الفاعل المخاطب بحذف حرف المضارعة
وهو فعل فيه طلب المصدر وادخاله في الوجود فكان ادل على المصدر
من مجرد الفعل كالماضي والمضارع وبالتخريج الثاني اجاب قاضي
القضاة تقي الدين ابن رزين الشافعي رحمه الله لما سالته عن الفرق
بين طلقتك وطلقي نفسك والجواب عن قوله ان خرجت ان هذا الفعل
متنوع يقال خرج فلان الى السفر وخرج من بيته ودار من غير
سفر فكان السفر محتمل كلامه في خرجت والجواب عن مسلة المساكنة
ان المفاعلة تقع من اثنين في الدار وهي في بيت منها اكمل فقد نوى النوع
الكامل من ذلك فيصدق والجواب عن مسلة الشرا ان الشرا اصالة
هو الاصل فكان اقوى مجازا تخصيصه من اشتريت ونظير ذلك لا عن محمد
لا يتزوج ونوى عربية او حبشية دين في الجنس ولو نوى كوفية او بصرية
لا يدين لانه تخصيص المكان ولا يعتبر **قوله** واذا قال انت الطلاق
او انت طالق طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين يقع واحدة
رجعية وان نوى ثلثا فثلاث ووقوع الطلاق في الثانية والثالثة
ظاهر لوجود قوله انت طالق واما وقوعه بالاولى فلان المصدر
يذكر ويراد به اسم الفاعل يقال رجل عدل فصار بمنزلة قوله انت
طالق ولان حمله على الحقيقة متعذر لانه لا يخبر على الحدث بالحذف ففي
تصحيحه ثلثة اوجه احدها بمعنى الطلاق والعادل كما ذكره صاحب الكتاب

والثاني

والثاني فيه حذف مضاف اي ذات الطلاق وذو عدل والثالث جعلت
ذاتها طلاقا وعدلا للمبالغة كقوله وانما هي اقبال وادبار وفي الرابع
لان المصدر يذكر ويراد به المفعول تقول هذا ضرب الامير وفلان حفظ
علم ابي حنيفة فلو حملناه على المصدر لغا كلامه وعلى المفعول صح فحمل
عليه تصحيحا للكلام وهو يلازم الجنس ثلث جعله بمعنى الفاعل والمفعول
فيه نظر فان نية الثلاث في الطالق والمطلقة لا يصح دها قد صحت
نيتها وعلى الوجهين الاخيرين يستقيم ايقاع المصدر على حقيقته
وعلى هذا انت طالق ولا يحتاج الى النية عند الجمهور خلافا للشافعي
وقد تقدم انه صريح مع غلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث ولو قال
انت طالق طلاقا فقد روى عن ابي حنيفة في رواية ابي يوسف انه
لا يعمل نية الثلاث فيه لان المصدر ذكر للتاكيد ونفي المجاز كقولك
ضربت ضربا وقمت قياما ولا يريد دلالته على دلالة الفعل وفي رواية
الاصل والجامع الصغير ثلاث وفي البدايع وان كان بدون اللام
ذكر الطحاوي انه لا يكون الا واحدة وفرق قال الخصاف لا يفرق
لفرقة وجه الا على الرواية في قوله انت طالق طلاقا على غير
المشهور قلت فرقه بين المحكي باللام وبين النكرة صحيح وليست المسلة
مثبتة تلك الرواية لان طلاقا منصوب على المصدر والموكد فلا
اعتبار به ولو نوى بقوله طالق واحدة وبقوله الطلاق اخرى
يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع ابتدا وفيه تغليظا على نفسه
فصار كقوله طالق وطالق الا انه يقع فيه تعيين نية والمصدر
جنس وفيه عموم وكذا اسم المصدر قال الله تعالى لا تدعوا اليوم
ثبورا واحدا وادعوا ثبورا كثيرا والثبور مصدر وهو الهلاك
اي ليس ثبوركم واحدا وانما هو ثبور كثير ولهذا لا يثنى ولا يجمع
لدلالته على جميع الجنس والكثير وكل الجنس واحد فرد من جهة
المعنى بالنظر الى بقية الاجناس والواحد من الجنس فرد بصورته
وبمعناه فليس المصدر كرجل وفرس اذ لا عموم فيهما ولهذا يثنيان
ويجمعان ولا يطلق كل واحد منهما على اكثر من واحد واذا كان
بالكلام فنيه خلاف بين الاصوليين واختار فخر الدين الرازي انه
لا يفيد العموم ولهذا لا يقال رايت الرجل القيام ويعرف ذلك ان في

اصول الفقه ولا يصح نية الثنتين لان نهاية العدد والجنس بمعزل عن
العدد وفيه خلاف زفر ومالك والشافعي وبزعمون ان الثنتين
بعض الثلث وجوابه ما تقدم الا ان تكون امة لان ذلك على جنس طلاقها
وفي الذخيرة لو طلق الحرة واحدة ثم قال انت علي حرام سوى ثنتين يقع
واحدة ولا يصح منه وان نوى الثلث وقع اخريان وصحت نيته وفي
الرابع لو قال انت طالق واحدة رجعية ثم قال قد جعلتها باينة
او ثلثا فهو كما قال عند ابي حنيفة وعند محمد لا تكون باينة ولا ثلثا
كما لو نوى ذلك وابو يوسف مع ابي حنيفة في البينونة وعند محمد في
الثلث ثم الطلاق لا يقع بمجرد العزم والنية من غير نطق عند الايمة
الاربعة واصحابهم وقال الزهري يقع بالعزم وقال ابن سيرين البس
قد علمه الله ذكره في المغني وفي كتب الشافعية قال انت طالق الا ثلثا
لا يقع شي حتى يطلقها فيقع لان طالقا حال وفي الولوالجي قال قد
طلقك الله او لامته قد اعتقك الله تطلق وتعتق نوى او لم ينو قالوا
لان الله تعالى اذا طلقها او اعتقها فقد طلقت وعتقت لا محالة وقد
ذكر فيه في موضع اخر هذا اذا كان جوابا وفي الابتدا يشترط النية
وفي جوامع الفقه قال طلقتك ان نوى او قال جواب طلقني يقع وفي
الولوالجي قال انت طالق لا قليل ولا كثير يقع الثلاث لانه لما قال لا
قليل فقد اوقع الثلاث وقوله ولا كثير رجوع فلا يصح وقياس هذا
لو قال لا كثير ولا قليل يقع واحدة انتهى كلامه قلت ينبغي ان يقع
طلقتان لان ذلك فوق القليل دون الكثير على وفق كلامه ويقويه
بما قال في كتابه ان الثنتين كثير والثلاث اكثر فلو وقع الثلاث كان
اكثر ولم يطلقها الاكثر ثم وجدت المسلة في الواقعات عن الهندواني
انه يقع ثنتان كما قلته قال والقاضي يميل الى هذا وقال الفضلي
يقع لان الطلاق لا يوصف بالقلة والكثرة فلغا وهذا حكي عن ابي بكر
البلخي وفي جوامع الفقه غاية الطلاق ثنتان وكل الطلاق في الفتاوى
ثلث وذكر هنا واحدة واكثر الطلاق ثلث واكثر الثلث اثنتان
قالت طلقني ثلثا فقال انت طالق او فانت طالق يقع واحدة ولو قال
قد طلقتك يقع الثلث لانه جواب وقيل يقع في الاول ايضا ثلث
فـــرع قال انت طالق وسكت فقيل له كم فقال ثلاثا قال ابو

يوسف يقع الثلث ذكره في العيون قال الولوالجي يحتمل ان يكون هذا قوله
خاصة بنا على نية بعد الثلث عنه في طالق ويحتمل انه قول ابي حنيفة
ايضا بنا على جواز جعل الواحدة ثلثا على قوله قال ويحتمل ان يكون على
قول ابي حنيفة ايضا على قوله الاول قولــه واذا اضاف الطلاق الى
جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق وذلك مثل ان يقول انت
طالق قال لان التا ضمير المراة وصوابه لان كلمة انت ضمير المراة لا
التا وحدها او يقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك
او جسدك او وجهك او فرجك ذكره سبط ابن الجوزي ونقل ابن
قدامة عن ابي حنيفة انه لا يقع الا في خمسة اعضا ولا يقع في
غيرها وهي الراس والوجه والرقبة والظهر والفرج واخطا
في نقله والظهر فيه خلاف ياتي وفي الينابيع ان اضافه الى عضو
لا يبقى الانسان بعده وان كان يبقى بعده لا يقع ومثله في العتق
والنكاح ويرد عليه القلب قال المرغيناني لا رواية في القلب
قلت ومثله الكبد والريه ويرد عليه الظهر والبطن على
ما يذكر ويرد الفخذ وفي شرح الارشاد كل عضو يعبر به عن
جميع البدن في العرف يقع بالاضافة اليه اذا لم يعن به تلك
الجارحة بخصوصها حتى قال اصحابنا لو قال لها الراس منك طالق لا
يقع وفي فتاوى المرغيناني لو قال هذا الراس منك طالق لا يقع
قال ذكره السرخسي وفي جوامع الفقه لو عني عين الراس والفرج
واشار الى الراس لا يقع وفي الذخيرة كل جزء يعبر به عن جميع البدن
يقع به الطلاق وان كان لا يعبر به عن جميع البدن فان كان لا يستمتع
به كالدمع والريق والدم لا يقع بالاتفاق هكذا ذكره خواهر
زاده وقال شمس الايمة الحلواني ان نوى جميع ما في بدنها من الدم
ينبغي ان يقع الطلاق لانه لا بقا للبدن بدونه قال الصدر الشهيد
في اكثر الروايات وفي المحيط لو قال دمك طالق اشار في كتاب العتق
انه لا يقع فانه قال فيه لو قال لعبده دمك حر لا يعتق واشار في
كتاب الكفالة انه يقع فانه صحح فيه الكفالة بالدم كالنفس او
قوام البدن به ولو قال نفسك طالق يقع كقوله انت طالق وان كان
يستمتع به كاليد والرجل لا يقع به الطلاق عندنا خلافا للايمة الثلاثة

وفي المحيط وان كان عضوا لا يعبر به عن جميع البدن لا يقع وان نوى ولو قال نصفك طالق ذكر شمس الائمة السرخسي انها لا تطلق وذكر شيخ الحلواني انها تطلق وفي الزيادات لو قال دبرك لا يقع وفي خزانة الاكمل لو قال استك طالق يقع عند ابي يوسف كما لو قال فرجك وفي الروضة لو قال استك طالق او بطنك او ظفرك او اصبعك او شعرك لا يقع ولو اضاف الطلاق الى يديها او رجليها يقع عند بعض اصحابنا بخلاف اليد الواحدة وفي الحواشي لا خلاف فيما يعبر به عن جميع البدن انه يقع به الطلاق يدا كان او رجلا بعد ان تستعمل في ذلك اللغة او كانت اليد اسما لجميع البدن عند قوم اذا اضاف واحد منهم الطلاق اليها وانما الخلاف فيما [illegible] سما وقال شمس الدين سبط ابن الجوزي في الانتصار لو نوى باليد جميع البدن يقع ولو قال ظهرك طالق او بطنك طالق اختلفوا فيه والاظهر انه لا يقع ومثله في المبسوط والظاهر انه منه نقل وقال الاسبيجابي لا يقع فيهما ولم يحك خلافا وفي جوامع الفقه اما ظهرك وبطنك طالق فلا يصح وهو الظاهر وقال ركن الاسلام ابو الحسن علي السغدي الاصح انه يقع وقال الحلواني الاشبه بمذهب اصحابنا الوقوع [illegible] وهو ظاهر فانها لا تبقى بعد فقدهما على ما تقدم قال وهو نظير ما قال اصحابنا في اضافة النكاح الى الظهر والبطن الاشبه بمذهب اصحابنا صحة النكاح [illegible] وعوض بعدم صحة الطلاق فيهما لكن جعلهما بمنزلة اليد والرجل بعيد قلت فان المرغيناني لو قال قلبك طالق لا رواية فيه على ما ذكرنا وينبغي ان يقع على القاعدتين المذكورتين احدهما انه يعبر به عن جميع البدن قال الله تعالى والمؤلفة قلوبهم والمراد بها اصحابها وقال تعالى لو انفقت ما في الارض جميعا ما الفت بين قلوبهم دل عليه ولكن الله الف بينهم وقال تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه والكاتم هو الاثم لا قلبه وحده والقاعدة الثانية انه لا بقاء لها بفقده ولو قال عيناك طالق ينبغي ان يقع فان العين يعبر بها عن جميع البدن ومنه عيون الكفرة للجواسيس وهذا على القاعدة الاولى دون الثانية وقد بقيت اعضاء لم تذكر وهي الاذن والحاجب

والانف

والانف والخد والصدر والثدي والسرة والكتف والطحال والحنا(؟) صرة(؟) والجنب والركبة والقدم واللوبة(؟) والمرارة وغيرهما مما يذكر ويوجد حكم ذلك مما تقدم وعند زفر والائمة الثلثة يقع الطلاق في جميع ذلك ومذهب ابن حنبل كمذهب مالك والشافعي الا في السن والظفر والشعر فانه لا يقع في ذلك عنده كقولنا وفي البسيط لا يقع بالاضافة الى الجنين وفضلاتها كالبول والمني والمخاط والدمع والعرق قطع بالعروق(؟) به وفي الاعضاء الباطنة كالكبد والرئة ونحوها يقع وفي حياتها وروحها يقع وكذا في سمنها وشحمها تردد ولاجيات(؟) في الشحم وفي الصفات كالحسن والقبح واللون لا يقع ولم يذكر الطول والعرض والقصر وفي الاذن اذا قطعت ثم التحمت وجهان واذا قال يدك او يمينك طالق يقع منهم من قال وقوعه لنا بالسراية اي يقع في اليد ويسري الى البقية ويبطل بالشعر والظفر والسن فان السراية من الشعر الى البدن بعيدة جدا الا ترى ان من قطع شعر انسان ثم مات بقطع الشعر لا يجب القصاص على القاطع بالسراية ومنهم من قال ذكر اليد واراد بها الكل وهو ممتنع ايضا في الشعر والظفر والرئة والطحال فان ذكر هذه الاشيا وارادة الادمي لا اصل له في اللغة ولا استعمال في العرف ومنهم من قال في طلقت يدك او رجلك يلغوا ذكر اليد والرجل ويبقى طلقتك كما لو قال طلقت بعضك يلغوا ذكر النصف ويبقى طلقتك فيقع فكانه حذف واقام المضاف اليه مقامه وابطله صاحب المعترض من الشافعية بقوله يدك طالق او رجلك طالق فان حذف المضاف بطل فيبقى طالق لا غير قلت اذا حذف المضاف ينقلب المجرور المتصل منفصلا فيبقى انت طالق ولو قال يمينك طالق ولا يمين لها قيل هو مبني على الرد وقيل لا يقع وعلى ذلك الجزء تعين لا يعبر به عن جميع البدن لهم انه جزء مستمتع به بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق لانه يزيل حل الاستمتاع فصار كالراس والوجه ونحوهما ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف النكاح عندهم اذا اضيف الى اليد والرجل لا يساغ التعدي لان الحرمة الثابتة في ساير الاجزاء تدفع الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على العكس وتغي(؟) الكتاب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى

ريقها او ظفرها قلت لو اضافه الى ظفرها يقع عند الشافعي بلا خلاف
وهذا محل الطلاق ما يكون فيه النكاح لان الطلاق رفع قيد النكاح ولا لان
قيد في اليد والسن والظفر والشعر لان عقد النكاح انما ينفرد على
نفسها الا على ظفرها وشعرها ويدها والطلاق رافع لقيد النكاح
فكان محله محل النكاح ولان الاطراف والتوابع غير منكوحة فيلغوا
اضافة الطلاق اليها كالفضلات والنكاح بقيد الملك في محله وحل
وحل الاستمتاع اثر الملك الثابت في جملتها فلم يكن ثابتا بنفس العقد
ولا يكون زواله بما رفع العقد نصا وانما يزول اذا ارتفع العقد بطريقه
تبعا كما ثبت تبعا ولان ما ذكرتم اذ انقضا زوال جهة السراية على ما
قلتم فبقي النكاح في سائر الاعضا يقتضي بقاؤه في الكل من ورة انه لا يتجزا
ولان ما ذكرتموه رافع لعقد النكاح وما ذكرناه دافع للرافع فكان
ما ذكرناه اولى لان الرفع اسهل من الدفع ولان النكاح والحل في جميعها
كان ثابتا قبل اضافة الطلاق الى يدها او شعرها والاصل في كل ثابت
روايةً واستمرار ولا يزول بالوهم او بالشك كما لو قال انت طالق واحدة
رجعية او ثلاثا لا يقع الثلث للشك فيها ولا يقال الوقوع فيها احوط فانه
باطل بما ذكرنا وان كان الاحتياط في وقوع الثلث لما ذكرنا ولان اليد تابعة
فلو وقع الطلاق فيها لوقع في المراة تبعا فيصير المتبوع تابعا والدليل
على ان اليد ليست محلا للطلاق لان محل الطلاق ما هو محل العقد وهو
المراة وجواز الاستمتاع باليد والرجل بطريق التبعية كالطريق
ومحل العقد هو محل الحجر من الزوج بغيره وذلك هو المراة دون يدها
وشعرها ولو كان المراد من ذكر يدها نفسها لوقوع الطلاق فيما اذا
قال لها يدك طالق ولا يد لها دخل الاستمتاع بما ليس بعلمه لوقوع
الطلاق بالاضافة اليها لان الحكم يدور مع العلة وجوبا وعدما
وقد اوقعوا الطلاق بالاضافة الى الروية والكبد ولا استمتاع فيهما
ولم يوقعوا بالاضافة الى ريقها مع حل الاستمتاع به فان قيل اليد
يعبر بها عن جميع البدن بدليل قوله تعالى ذلك بما قدمت ايديكم وبقوله
عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد رواه احمد ابن حنبل قلنا الاية
على حقيقتها وفي الحديث حذف مضاف اي على صاحب لا انها عبارة عن جميع
البدن لان ذكر الجزء وارادة الكل بعيد وحذف المضاف واقام المضاف

اليه

اليه مقامه كثير شايع لاسيما عند عدم اللبس ولان الاخذ باليد حقيقة
فنسب اليها كقوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه لان القلب محل الكتمان
والاعضا المذكورة او لا يعبر بها في اللغة عن جميع البدن قال الله تعالى
فتحرير رقبة وقال تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وفلان راس القوم
وفلان يملك كذا وكذا راسا وقال تعالى كل شيء هالك الا وجهه وما وجه العز
وهلكت روحه اي نفسه وقال ابو علي في العسكريات ان اليد لم يجر مجرى
الشخص في اللغة ولا في العرف بخلاف الرقبة والراس والفرج ونحوها
قال ابو عثمان المازني في الرقبة ليس يريد بالرقبة دون سائر
الشخص وفلان يطا عشرين فرجا اي جارية وهو مقيم على فرج حرام.
واما قوله تعالى ذلك بما قدمت ايديكم وبما قدمت يداك فلا نسلم ان يكون
اليد في ذلك عبارة عن الجارحة بل المراد بها القوة والقدرة لقوله تعالى
اصلوها اليوم بما كنتم تكسبون او ثبت اليد للتاكيد وقالوا ليس المراد
بقوله راسك طالق الا الراس القايم بدليل انك تقول جرحت راسه وتريد
جرح العضو القايم خاصة وعنه جوابان احدهما انا لا ننكر استعماله فيه
ويستعمل فيما ذكر ايضا والثاني ان ذلك بقرينة جرحه مع انه حقيقة
فيه حتى لو اراد بقوله راسك طالق الحقيقة لا يقع على ما تقدم
والفرق بين الجزء الشايع واليد انه لا شبهة للحرمة في ساير
الاعضا غير اليد والجزء الشايع خلافهما فان ما من جزء يستمتع
به منها الا وهو على الحرمة ولا يجوز الاستمتاع بها فافترقا
ولهذا كان الجزء الشايع محلا للنكاح عندنا وان طلق جزءا شايعا
منها مثل ان يقول نصفك طالق او ثلثك او ربعك او جزء من
الف جزء منك او بعضك لا يقع لان الشايع محل لساير التصرفات
كالبيع وغيره فكذا الطلاق الا انه لا يتجزا في حق الطلاق فيثبت
في الكل ضرورة قوله وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كان
تطليقة واحدة قال ابو بكر ابن المنذر اجمع كل من احفظ عنه من
اهل العلم على ان مطلق امراته نصف تطليقة او ثلثا او ربعا
او سدسا انها طلقة قلت عند داود الظاهري واصحابه لا يقع
من ذلك ذكره في المغني وكذا لو قال انت طالق جزءا من الف جزء من
طلقة ولان ذكر ما لا يتجزا كذكر جله ولو قال لها انت طالق ثلاثة

انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فثلثه
انصافه ثلثه ولو قال ثلثه انصاف تطليقة قيل يقع ثنتان لان ثلثه
الانصاف تطليقة ونصف فتكمل النصف يؤيده انه لو قال انت طالق نصفي
تطليقة يقع واحده ذكره في قاضيخان وكذا نصف تطليقتين ومثله
في الجواهر والمغني وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل فيصير
ثلاث تطليقات وفي الجواهر والمغني لو قال انت طالق اربعة اثلاث
طلقة فهي طلقة لزيادة الاجزا ويجوز ان يجعل كل ثلث تطليقة فيقع ثلاث
وفي الذخيرة قال انت طالق ثلثه انصاف تطليقتين يقع ثلاث اعلم
ان في هذا الجنس مسايل الاولى قال انت طالق نصفي تطليقة فيقع واحدة
وبه قال الايمة الثلثة لان نصفي الطلقة واحده كنصفي الدرهم
درهم واحد والمسلة الثانية ان يقول انت طالق ثلثه انصاف تطليقة
فهي طلقتان والمسلة الثالثة ان يقول اربعة انصاف تطليقة يقع
طلقتان كاربعة انصاف درهم يكون درهمين والمسلة الرابعة ان يقول
انت طالق نصف تطليقتين فهي واحده كما تقدم وذكر في موضع اخر
انه يقع ثنتان والمسلة الخامسة ان يقول لها انت طالق نصفي
تطليقتين يقع تطليقتان لان نصف كل تطليقة تطليقة والمسلة
السادسة ان يقول ثلثه انصاف تطليقتين وقد مر والمسلة السابعة
ان يقول نصف ثلث تطليقات يقع طلقتان لان نصف الثلث طلقة
ونصف يتكامل والمسلة الثامنة ان يقول انت طالق نصفي ثلاث
تطليقات تطلق ثلثا ولو قال لها انت طالق نصف تطليقة وثلث
تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث تطليقات ومثله في المغني
وكذا لو قال نصف تطليقة وسدسها وثلثها لاتحاد الطلقة وهي
اجزاوها وفي الاول لم يقيد الثلث والسدس بالطلقة وذكر الصدر
الشهيد في واقعاته اذا قال انت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة
وربع تطليقة انه يقع ثنتان وهو المختار للزيادة على الواحده
وعلى قياس هذا ان قال وسدس تطليقة مكان ربع تطليقة يقع
واحده لانه اذا جمع بين هذه الاجزا لا يزداد على واحدة ولو
قال نصف تطليقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان وهكذا الحسود
زيادة لانه اذا زاد على الاجزا الواحده لابد ان تكون الزيادة من

طلقة اخرى وبعض مشايخنا قال يقع واحدة لاتحاد الطلقة واليه مال
شمس الايمة السرخسي وقال العتابي وهو الاصح ولو قال لاربع نسوة
بينكن تطليقة وقع على كل واحدة طلقة وفي قاضيخان قال انت طالق
نصف تطليقة وثلثها وربعها وسدسها فهي واحدة لاعادة
ضمير التطليقة ولو لم نصف ويكن وقع الثلث وفي الحواشي قوله لان
تطليقتان تطليقة يرد عليه ما لو قال انت طالق ثلثة ارباع حقيقة
وهو طلقة ونصف وليس للتطليقتين ثلاثة انصاف حقيقة ولو قال
اربعة انصاف تطليقة او ثلاثة انصاف تطليقة يقع ثنتان ولو قال
خمسة انصاف تطليقة يقع ثلاث وفي المرغيناني قال انت طالق واحدة
ثم قال لاخرى قد اشركتك في طلاقها يقع عليها واحدة ولو قال
للثالثة اشركتك في طلاقهما معهما طلقت ثنتين فان قال للرابعة
قد اشركتك في طلاقهن طلقت ثلثا وفي الجواهر قال لاحدى نسايه
انت طالق ثلثا وللثانية انت شريكتها وللثالثة انت شريكتهما
طلقت الاولى والثالثة ثلثا والوسطى ثنتين وتخريجها ظاهر
المعتقة اذا اختارت نفسها فتزوجها الاخرى قد اشركتك
في فرقتها طلقت ثانية وان نوى ثلثا فثلاث وفي رواية ابي سليمان
عن محمد انه لا يقع شي وفي فرقة العنين واللعان والايلا والخلع يقع
اتفاقا لانها فرقة بطلاق وفي المغني قال لاربع اوقعت بينكن
طلقتين وقع على كل واحدة طلقة قال ذكر ابو الخطاب وهو قول
ابي حنيفة والشافعي وقال ابو بكر الفارسي تطلق كل واحدة في
طلقتين وعن احمد ما يدل عليه ووجهه ان كل واحدة منهن يحصل
لها جزان من الطلقتين فيكمل قال والاول اولى ولو قال لثلاث
نسوة له انتن طوالق ثلثا او طلقتكن ثلثا يقع واحدة على كل
واحدة ثلث ولا ينقسم لانه لو انقسم الثلث على الثلاث للغا ذكر
الثلث بخلاف ما لو قال اوقعت منكن ثلثا فانها تقسم بينهن فيقع
على كل واحدة طلقة وفي المبسوط قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة
تطلق كل واحدة واحدة وكذا لو قال بينكن تطليقات الا ان يقول
عنيت ان يكون كل طلقة بينهن فيقع على كل واحدة طلقتان وما لم
ينو لا يتكامل عليه وكذا لو قال بينكن ثلث تطليقات او اربع تطليقات

تطلق كل واحدة ولو قال بينكن خمس تطليقات تطلق كل واحدة ثنتين
والست والسبع والثمان وفي التسع تطلق كل واحدة ثلثا لان واحدة
نصيبها بالقسمة طلقتان وربع فيكمل قوله ولو قال انت من واحدة
الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة
الى ثلاث او من بين واحدة الى ثلث فهي اثنتان وهذا عند ابي حنيفه
وقال ابو يوسف ومحمد في الاول ثنتان وفي الثاني ثلث وقال زفر
في الاول لا يقع شيء وفي الثاني يقع واحدة وهو القياس واختلفوا
على قوله لو قال من واحدة الى واحدة والصحيح انه يقع واحدة
ويلغوا اخر كلامه ذكره قاضيخان وعلل بانه جعل الشيء الواحد
حدا ومحدودا فيلغوا اخر كلامه ويبقى قوله انت طالق قلت
فيه نظر لان الى واحدة نكرة وهي غير الواحدة الاولى فلا يكون
الواحدة حدا ومحدودا وفي جوامع الفقه من واحدة الى واحدة
ولم يحك خلافا ومن واحدة الى اخرى او الى الثانية واحدة عنده
وعندهما ثنتين ومن ثنتين الى ثنتين عنده وعندهما ثلاث
وفي المبسوط ما بين واحدة الى اخرى على قياس قول زفر لا يقع
شيء وعند ابي حنيفة يقع واحدة بالاتفاق ويلغوا الغاية
وفيه ما بين واحدة الى الثلاث او من واحدة الى الثلاث فهو واحدة
في القياس وبه قال زفر وعندهما ثلاث وعنده ثنتان كما قال في
الكتاب وفي الذخيرة قال انت طالق ما بين واحدة وثلث فهي
واحدة ويروى عن ابي يوسف خلاف الى ثلث وفي قاضيخان قال انت
طالق من واحدة الى اخرى او الى اثنتين لا يقع شيء وعند زفر وهو
القياس ومن واحدة الى عرسان عند ابي حنيفة وقال القاضي
البديع يقع الثلاث بالاجماع لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو
قالت طلقني ستا بالف فطلقها ثلاث يقع الثلاث بخمس مايه قال
هو حسن في المعنى ذكره في قنية المنية ومن ثلث الى واحدة يقع ثلاث
قال وينبغي ان يكون بالاتفاق وفي موضع اخر عنده ثنتان وعندهما
ثلاث ولو قال انت طالق اكثر من واحدة واقل من ثنتين فهو ثلاث
قال في المغني قال انت طالق من واحدة الى ثلاث يقع ثنتان كقول
الامام وعلل بان ابتدا الغاية تدخل كما لو قال خرجت من البصرة

فانه

فانه يدل على انه كان فيها فدخل على دخول ابتدا الغاية قلت
استشهاده بذلك غلط وانما دل على ذلك كلمة خرجت لان الخروج
هو الانفصال من الداخل الى الخارج فلم يكن ذلك مستفادا من الغاية
ولو قال انت طالق ما بين الواحدة والثلاث يقع واحدة كما تقدم وجه
قول زفر ان الغاية لا يدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعتك
من هذا الحايط الى هذا الحايط لا يدخل الحد في البيع ووجه قولهما
وهو الاستحسان ان من قال خذ من مالي من درهم الى عشرة دخل فيه
الحد ان يقول اشترى هذا المتاع بما بين اربع مايه الى خمس مايه
يكون اذنا له في الشرا بخمس مايه ووجه قول ابي حنيفة رضي
الله عنه العرف ايضا فانه يراد بمثله الاكثر من الاقل
والاقل من الاكثر وفي المحيط يراد بمثله اكثر من اكثر من القليل
واكثر من القليل فانهم يقولون سن فلان من ستين الى سبعين
وما بين ستين الى سبعين ويريدون ان يذكر ما ذكرناه وقد
حاج الاصمعي زفر بهذا فتحير زفر ذكره في المحيط ولان الثاني نيه
لا يعقل الا بعد الاول فلا بد من وقوع الواحد ليجعل اشد
الغاية فاذا لم يوجد ابتدا الغاية لا ينبني عليها الانتها
فيكون وجود ابتدا الغاية بوقوعها ودخول الغاية فيهما
طريقه الاباحة والاصل في الطلاق المنع لا سيما اذا كانت
الغاية يتم بها الطلقات الثلاث جملة كما عرف بخلاف البيع
فان الحدين موجودان قبله ولا ضرورة في دخولهما ولو نوى واحدة
في قوله من واحدة الى الثلاث او من بين واحدة الى الثلاث يدين ولا
يصدق في القضا لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه
وفي جوامع الفقه قال انت طالق اخر ثلث فهو واحدة ولو قال
طلقتك اخر ثلث او انت طالق الثالثة او بتمام الثلاث فهو ثلاث
وفي الذخيرة روى ابو سليمان عن ابي يوسف فيمن طلق امراته واحدة
رجعية ثم قال جعلتها باينة راس الشهر ان لم اراجعها فهي باينة عند
راس الشهر وان راجعها لم تبن ولو قال جعلتها ثلثا راس الشهر
ثم راجعها كان ثلاثا راس الشهر ثم قال بعد ذلك لا تكون ثلثا وتكون
واحدة باينة وفي المنتقى في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف اذا قال

لها انت طالق واحدة تكون ثلثا او تصير ثلثا او تعود ثلثا او هي ثلاث
فهي ثلاث ولو طلقها واحدة ثم قال في العدة جعلتها باينة او ثلاثا
صار كذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف في الثانية وهل يصير ثلاث فعن
ابي يوسف روايتان فيه رواية بشر والحسن لا يصير ثلثا وفي رواية
اخرى عنه يصير ثلثا كما يصير باينا **قوله** ولو قال انت طالق واحدة
في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم ينو فهي واحدة وقال زفر والحسن
ابن زياد ومالك على ما ذكره سحنون تقع ثنتان نوى ذلك او لم ينو وفي
قاضيخان اذا نوى ذلك عند زفر والحسن وعلى هذا الخلاف اذا قال له
علي عشرة في عشرة يلزمه عشرة عند ايمتنا الثلاثة وعنده ماية وفي
البسيط ان لم يقصد به شيا فقولان احدهما الحمل على الظرف فيلغوا
ويقع واحدة والثاني الحمل على الحساب هذا اذا كان يعلم معنى الحساب
وان كان جاهلا به يقع واحدة او ثلاث لتلفظه بذلك وفي المغني
ان قال اردت به واحدة فهي واحدة حاسبا كان او غير حاسب وقال
القاضي ان كان عارفا بالحساب وقع ثنتان وان لم يكن له نية وكان عارفا
بالحساب وقع ثنتان وقال الشافعي عند الاطلاق يقع واحدة لانها
بلفظه وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الايقاع وانما يقع الزايد
بالقصد ولو نوى موجبه عند اهل الحساب وقال القاضي لا يلزمه
مقتضاه اذا لم يكن ممن يعرف معناه قال وهذا اكثر قول اصحاب الشا
فعي وان نوى واحدة وثنتين يقع الثلث لان الواو للجمع والظرف
يجمع المظروف وكذا لو نوى واحدة مع ثنتين لان كلمة في تستعمل
بمعنى كلمة مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي لان من قال النفس المطمينة
هي المومنة كانت في بمعنى مع ومن حملها على الروح كانت على ما بعها اي
ادخلي في اجساد عبادي ويقال دخل السلطان في جنده اي معهم ولان
مع القران والمظروف مع ظرفه متقارنان ولو نوى حقيقة الظرف
يقع واحدة ويلغوا الظرف ولو قال اثنتين في اثنتين يقع ثنتان
وعند زفر والحسن ومن قال بقولهما يقع ثنتان الثلث على الخلاف
الذي تقدم لما ان عمل الضرب اثره في تكثير اجزا المضروب بعد المضروب
فيه لا في زيادة المضروب وتكثير اجزا التطليقة لا يوجب بعددها
والطلقة التي لها ماية جز كالطلقة التي لها جزان او ثلثه ولان قوله

في

في اثنتين ظرف حقيقة فالثنتان ظرف مخالف لما فيه مع عدم صلاحيتها
للظرفية فلا يقع المظروف بقوله انت طالق ولا اعتبار للمذكور
الاول عندنا ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة رجعية
وقال زفر باينة لانه الطول وفي الكتاب لانه وصف الطلاق بالطول
وفي تعليله نظر فانه لو قال انت طالق تطليقة طويلة ونص على الطول
تقع رجعية عنده فيحتمل ان يكون عنه روايتان في المسلة ويحتمل ان
يستفاد من قوله من هنا الى الشام المبالغة في الطول والزيادة فيه
وقوله وصف الطلاق بالطول اي بالطول الكبير وحذف الصفة
كقوله ياخذ كل سفينة غصبا اي سفينة صحيحة او صالحة وقد تكون
بالكناية بالطول ابلغ من التصريح ولنا انه وصفه بالقصر لان ما بينه
وبين الشام جزيسير بالتشبيه الى اماكن الدنيا كلها وقد وقع الطلاق
الرجعي في ذلك كله وينبغي ان يكون باينة عند ابي حنيفة على اصله اذا
زاد على قوله انت طالق ولا شك في انه اعظم من قوله انت طالق مثل راس
الابرة ومثل حبة الخردل والذرة وقد قال فيه بوقوع البائن لاجل
الزيادة ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد
وكذا في الدار اما وقوعه في الحال فلانه اضافه الى موجود فيحنث كما اذا
قال انت طالق يوم الاحد وهو فيه واما وقوعه في البلاد كلها فلعدم
اختصاص الطلاق بمكان دون مكان كما ذكره صاحب الكتاب وفي المبسوط
والمحيط قال انت طالق الى الصين فهي واحدة رجعية لانه مدها
الى مكان والطلاق لا يحتمل المد لا بنفسه ولا بحكمه ولانه قصر مكانه
ان الطلاق اذا وقع كان من المشرق الى المغرب ولم يصفها بعظم
ولا بكبر واما اذا اضافه الى زمان بان قال انت طالق الى الشتا
او الى الصيف فهي طالق طلقة رجعية بعد الاجل كقوله الى شهر
فان نوى وقوعه في الحال وقع ولغا الى شهر فان نوى وقوعه في
الحال ونحوه وان لم ينو لا يقع الا بعد مضي الاجل وقال زفر تطلق
في الحال وهو رواية عن ابي يوسف وبه قال مالك وزاد لو قال
انت طالق راس الشهر او راس السنة واذا جا راس الشهر او راس
السنة واذا جا رمضان واذا طهرت من حيضتك يقع في الحال عنه
لانه كاين وقال بذلك من السلف جماعة وفي المغني لو قال انت طالق

الى سنة فهو كقوله اذا مضت السنة وفيه قال انت طالق الى شهر كذا
وسنه كذا فهي طالق في اول ذلك الوقت وبه قال الشافعي قال وقال
ابو حنيفة يقع في الحال ولنا ان الواقع في الحال لا يحتمل الاجل فاذا
جعلنا اذا داخله على الابتداء كان عملها في تاخير الوقوع ولم يكن لغوا
وكانه قال بعد شهر واستعمال كلمة مكان كلمة اخرى شايع عند الكوفيين
لاسيما اذا كان فيه اخراجها عن اللغو ولو قال انت طالق بمكة او في
مكة او في الدار او في البيت او في الظل او في الشمس وقعت في الحال فان
قال عنيت اذا دخلت مكة لا يصدق في القضا لانه نوى الاضمار وفيه
تخفيف ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله مع ان عدم اختصاص
الطلاق بالمكان دليل على ان المراد غيره ولو قال اذا دخلت الى مكة لم
تطلق حتى تفعل ذلك لان الفعل لا يصلح ظرفا لانه عرض لا يبقى زمانين
فكانت في معنى مع وفي الوجيز وغيره يصير الفعل شرطا والاول اصح
فانهم قالوا لو قال انت طالق في نكاحك لا ينعقد ولو كان شرطا لوقوع
الطلاق اذا نكحها ولهذا لو قال انت طالق في حيضك يقع بالرويه
كقوله مع حيضك بخلاف في حيضتك فانه لا يقع حتى تحيض وتطهر
لان الحيضة للمراة هي الكامله وذلك بالدخول في طهر حتى لو قال
مع حيضتك كان مثلها فروع قال انت طالق ثلاثا في ثلاث دخلات
الدار او في ثلاث مرات او كلمات يتعلق بثلاث مستقبلات ولو قال انت
طالق وانت تصلين طلقت للحال والواو للابتدا وان قال عنيت اذا صليت
لا يصدق لان الشرط لا يعطف الجزا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
وتكون الواو للحال وكذا لو قال انت طالق مصليه تطلق في الحال وان نوى
الحال دين قال شمس الائمة واهل النحو يقولون ان رفع مصليه لا يدين
وان نصب يدين في القضا قال وهذا ظاهر عند اهل النحو قلت وينبغي
ان يدين عند اهل النحو اذا رفعها ايضا ويكون الحال جملة اسميه
قد حذف مصدرها اي انت طالق وانت مصلية وهذا الحذف كثير
في كلامهم وكذا لو قال انت طالق وانت مريضة يتخير وان نوى الحال دين
وفي المغني قال انت طالق مريضه بالرفع ونوى الحال انصرف اليه
ويكون رفعه لحال قلت ليس لحال كما تقدم وان طلق ورفع فالاول وقوعه
في الحال واذا سكن فوجهان ولو قال انت طالق في مرضك او في وجعك او

في

في صلاتك لم يقع حتى يكون ذلك الفعل منها لانها بمعنى مع على ما تقدم الا
ان يتعذر جعل الظرف شرطا فيلغو كما اذا قال انت طالق طلقة في
دخولك الدار فانه يقع في الحال لانه جعل التطليقه ظرفا والدخول مظروفا
والطلاق لا يصلح ظرفا للدخول ولا يمكن جعل الطلاق شرطا لانه لا يصلح
شرطا للدخول واما الدخول فيما تقدم فيصلح شرطا للطلاق وفي المبسوط
لو قال طلاقك واجب او لازم قال محمد ابن سلمه يقع فيهما وقال العراقيون لا
يقع في قوله لازم والاصح ما ذكره محمد ابن مقاتل انه لا يقع عند ابي حنيفة
فيهما لان الوجوب واللزوم يكون في الذمة والطلاق لا يثبت في الذمة
وعلى قول محمد يقع في قوله لازم وعند ابي يوسف ينوي في ذلك وفي الذخيرة
ذكر الفقيه ابو الليث خلافا بين المتاخرين منهم من قال يقع واحدة
رجعيه نوى او لم ينو ومنهم من قال لا يقع نوى او لم ينو ومنهم من قال في قوله
واجب يقع بدون النية وفي قوله لازم لا يقع وان نوى وذكر القدوري في
شرحه على قول ابي حنيفة لا يقع في الكل وكان المرغيناني يفتي بعدم الوقوع
وقال ابن سلام يعتبر في ذلك غالب عادة اهل بلده وفي المحيط قيل يقع طلقة وقيل
لا يقع شي وهو روايه عن ابي حنيفة وقيل يقع عنده وعندهما لا يقع الا في قوله
لازم وقيل على عكسه وقيل في قوله واجب نوى ام لا للعرف والصحيح انه يقع في
الكل وفي المغني الطلاق يلزمني او لازم لي صريح لانه يقال لمن وقع طلاقه لزمه
الطلاق وكذا قوله علي الطلاق وفي المنتقى قال لامراته لك الطلاق قال ابو
حنيفة ان نواه يقع والا فلا وقال ابو يوسف ان نواه يقع وان لم ينو والامر
يصير بيدها وعنه يقع في القضا ويدين ان نوى غير ذلك ولو قال عليك الطلاق
تطلق بالنية وان قال طلاقي عليك واجب وقع وفي الجواهر الطلاق لازم يقع
بغير نية ولو قال اسقني ماء وما اشبه ذلك ولو قال اردت به الطلاق يقع
في المشهور ولو عقده بقلبه من غير تردد بالكلام النفسي من غير ان يقترن
به قول ولا فعل ففي وقوعه روايتان وفي الذخيرة قال انت طالق لونين
من الطلاق فهو ثنتان ولو قال الوانا وانواعا او ضروبا او وجوها من الطلاق
فهو ثلاث ولو قال اكثر الطلاق طلقتان وكذا غاية الطلاق وجله وكل طلقه
ثلاث ولو قال انت طالق واخرى فهي واحدة ولو قال انت طالق واحده ولو قال
انت طالق واحدة واخرى فهو ثنتان وفي المغني لو قال انت طالق اكثر الطلاق
او كله او جميعه او مثل عدد الحصا او الرمل او القطر فهي ثلاث وكذا ان قال

كعدد التراب او الماء قال ابو حنيفة يقع واحدة باينة لان التراب والماء جنس ليس له عدد وفي البسيط اذا قال انت طالق عدد التراب طلقة واحدة لان التراب جنس واحد وان قال عدد انواع التراب طلقة واحدة وفي جوامع الفقه لو تلجى بالطلاق ونواه وقع وكذا لو قيل له طلقت امراتك فتلجى ببلى او بنعم وقع

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر ولا يقع في الحال الا ان يكون القول قبل طلوع الفجر وهذا قول ابن عباس وابو ذر وسه قال عطا وجابر ابن زيد وابراهيم النخعي وابو هاشم والثوري وابن حنبل والشافعي وقال سعيد ابن المسيب والحسن ابن ابي الحسن البصري وابن شهاب الزهري وقتادة ويحيى ابن سعيد الانصاري وربيعة ابن ابي عبد الرحمن ومالك يقع في الحال اذا كان الوقت ياتي لا محالة مثل ان يقول اذا طلعت الشمس او دخل رمضان ونحو ذلك فهو باطل بالتدبير فان الموت ياتي زمانه لا محالة ولا يتنجز وفي الجواهر لو قال انت طالق بعد ستين او بعد ستة اشهر فهو يتنجز فان كان الاجل مما لا يبلغ عمره في العادة لم يقع الطلاق وقيل يقع ولو قال اذا مت فانت طالق ففي تنجيزه عليه خلاف وفي ان مت لا يتنجز بلا خلاف قال عبد الحق هما سوا واليه رجع مالك ولو قال يوم اموت يتنجز عليه الطلاق وقد ذكرنا خلاف مالك في المسالة قبل هذا وفي المحلى قال ابن حزم لا يقع في الحال ولا اذا جا الاجل وفي كتابه المسمى بمراتب الاجماع يقع بالاتفاق وقوله اخرق الاجماع قال الجوهري الغد اصله غدو وحذفوا الواو التي هي لام الكلمة اعتباطا بغير علة كيد ودم ولم يعوضوا قال لبيد

وما الناس الا كالديار واهلها ... بها يوم حلوها وغدوا بلاقع

والنسب اليه غدي وغدوي وان نوى اخر النهار يصدق ديانة لا قضا لانه قد نوى ان يتصف بالطالقية في بعض الغد وهو من باب ذكر الكل وارادة البعض وهو مجاز وفيه تخفيف على نفسه فهو نظير ما لو حلف لا ياكل طعاما وينوي شيا دون شي ولو قال انت طالق في غد يقع بطلوع فجره هكذا في المبسوط والبدايع وغيرهما من كتب الاصحاب وفي المبسوط قال انت طالق في يوم السبت يقع بطلوع الفجر من يوم السبت الذي يلي قوله قال وقال ابو حنيفة يتعين الوقوع على انتها ذلك اليوم لم يقع مع اخراجه منه بنا على ما اضيف الى وقت موضع لا يضيق ولكنه بنا ان الصلاة لا تجب باول الوقت

قلت

قلت نقله عنه وبناوه على الصلاة ونقله حكم وجوب الصلاة كل منهما غلط فاحش والطلاق يقع بطلوع فجر يوم السبت كما ذكرنا في قوله انت طالق في غد ومرعوسه ولو نوى وقوعه في اخر نهار الغد يصدق ديانة وقضا عند ابي حنيفة وعندهما لا يصدق في القضا اعتبراه بالفصل الاول من اعتبار تخصيص العموم ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف حرف في واثباته سوا لانه ظرف في الحالين فصار كما لو قال صمت يوم الجمعة وكتبت هذا راس السنة وفي راس السنة فان الحكم فيهما سوا ولابي حنيفة ان الحذف للحرف قد احدث معنى لا يكون مع اثباته لان في قد تقبل التبعيض في اطراف الداخلة عليه الا ان يمنع مانع وكذلك قالوا في قوله سرت فرسخا وانتظرتك يوما وسرت في فرسخ وانتظرتك في يوم ان الظاهر في الاولتين الاستغراق في السير والانتظار والفرسخ واليوم وفي الاخرتين عدم استغراقهما للفرسخ واليوم على معنى سرت في بعض فرسخ وانتظرتك في بعض يوم بخلاف صمت في يوم الجمعة فان صوم يوم لا يقبل التبعيض وعلى هذا ان صمت عمري وفي عمري وان صمت الدهر وفي الدهر في الثاني يحنث بصوم ساعة بخلاف حذف في وكذا لو قال ان خرجت الا باذني فانت طالق يشترط النية في الاذن في كل خرجة وكذا لو قال ان خرجت فانت طالق الا ان اذن لك يشترط الاذن لكنه في الخرجة الاولى لا غير فان كان التقدير بان اذن لك وحرف الجر حذف مع ان وان المصدرية بين قياسا في غير موضع اللبس فان حصل لبس حذفه لا يجوز حذفه نحو ان يذهب لاحتمال التقدير في وعن ويختلف معناهما فلا يجوز الحذف هكذا ذكر جماعة من النحاة ورايت في شرح المفصل للشيخ موفق الدين ابن يعيش قال انا راغب في ان القاك من غير حرف فمرضا انتهى كلامه وهو دليل على جوازه وتعرف المراة ومن ذلك نعرسه ويدل على جوازه قوله تعالى وترغبون ان تنكحوهن وانما كان للحذف قياسا مع ان وان لانهما مصدران موصولان بما بعدهما الى الاصل فحذف حروف الجر معهما للتخفيف لطول ذلك ولا حذف الحرف مع الموصول الاسمي وان كان طويلا بالصلة والعايد كالذين والذي والتي يكونها الا ان ذلك قد دخله انواع من التخفيف بحذف العايد المفعول من وحذف نون الذين والذين اخرى وبالذي اخرى وحذف صدر صلة اي تارة فكان الطول في الموصول الحرفي الزم وما حملوها على انتها الاسمية وجعلها بعد حذف الحرف نصب عند سيبويه كقوله تعالى واختار موسى قومه سبعين رجلا

اي من قومه ولا يجوز ان يكون بدلا من سبعين لان البدل لا يتقدم ومثله
بيت الفرزدق وما الذي اختير الرجال سماحة وجودا اذا هب الرياح الزعازع
حذف من وعدي الفعل الى الرجال بنفسه ومنهم من جوز البدل على ضعف
ويقدم منهم الخليل وعلى هذا الخلاف اذا حذف حرف القسم ولا يجوز
حلفت الله لافعلن الا ان يجوز مع اضمار الفعل لان الظهر له جزيل ليست
للمضمر ولان في المضمر يمكن تقدير ما قدت ونحوه وعملت حروف الجر
مقدرة في حكم الحروبة مثل كم عمة لك يا جرير وخالة فدعا قد حلبت على
عشاري بتقدير من ومن ذلك اضمار رب قال الشاعر
٭٭٭ رسم دار وقفت في طلله ٭ كدت اقضي الحياة من جلله ٭٭٭
اراد رب اسم دار وكذا وبلدة ليس بها انيس الا اليعافير والا العيس
بتقدير رب ومن ذلك قولهم لاه ابوك يريدون لله ابوك قال الشاعر
٭٭ لاه ابن عمك لا افضلت في حسب ٭ عني ولا انت دياني فتخزوني ٭٭
والمراد لله ولان المظروف لا يستدعي ان يستوعب الظرف بل اي جزء شغله
كان ذلك الجزء ظرفا له الا ان يكون الظرف معيارا للمظروف كالصوم يوم
الجمعة وفي يوم الجمعة فانهما سواء كما تقدم فعلى هذا الجزء الاول والاوسط
والاخير يكون سواء حقيقة كلامه وهي غير مهجورة يصدق فصار كما لو
نذر ان يعتكف ثلثين ليلة يلزمه معها ثلاثون يوما فلو نوى الليالي
خاصة صحت نيته قضاء وديانة وبطل اعتكافه وان كان تحقيقا عليه
بخلاف قوله غدا فانه يقتضي الاستيعاب اذ وصفها بالطالقية في جميعه
كما لو قال ان اكلت رغيفا ونظير مسئلته ان يقول ان اكلت من رغيف وبعد
الجزء الاول لعدم المزاحم او جهالة ما بعده كما لو قال لا اكلم زيدا يتعين
الشهر الذي يلي اليمين وقولهما لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف
في الحالين ممنوع في المعنى واللفظ اما المعنى فقد اوضحناه بان ما يكون
واما اللفظ فلان في اذا كانت محذوفة كان ظرفا واذا كانت ملفوظا بها
خرج عن كونه ظرفا ويبقى جارا ومجرورا واسما متصرفا وكذا الظرف لا
يكون ضميرا واذا وجد الضمير منصوبا كان على الاتساع كقوله
٭٭ ويوما شهدناه سليما وعامرا ٭ قليل سوى الطعن النهال نوافله ٭٭
اي شهدنا فيه واخذ على صاحب الكشاف في قوله والشهر منصوب على الظرف
وكذا الهاء في فليصمه ولو قالت انت طالق في رمضان يقع في وقت غروب الشمس

من

من اخر يوم من شعبان لانه اول جزء من رمضان بخلاف قوله انت طالق غدا فانه
يقع عليه بطلوع الفجر ولو نوى اخر رمضان فهو على الخلاف كما في غد قوله
ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يوجد باول الوقتين الذي
يقوم به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد وكذا لو قال الساعة غدا
يقع في الحال قال في الذخيرة يؤخذ باول الوقتين ويلغو الوقت الثاني
قلت هو ظاهر في قوله غدا اليوم واما في قوله اليوم غدا لا يلغو الغد
لان الواقع اليوم واقع غدا كما لو قال انت طالق اليوم وغدا ولم يكن الواقع
اليوم واقعا غدا او وقع اخرى في الغد كما لو قال انت طالق غدا او اليوم
فانه يقع ثنتان لان الواقع في الغد ليس بواقع في اليوم ووجه ذلك انه
لما قال اليوم كان منجزا فيه فليس له ان يضيفه الى الغد بعد وقوعه وفي
الثاني قد اضافه الى الغد والمضاف لا يحتمل التنجيز لما فيه من ابطال الاضافة
فلغا اللفظ الثاني في الفصلين انتهى كلام صاحب الكتاب وفي
المبسوط قال في الاول اذ ذكر وقتين من غير عطف احدهما على الاخر وهو
بصدد والمنجز لا يحتمل الاضافة فكان قوله غدا لغوا قلت قوله غير معطوف
احدهما على الاخر مستدرك فانه لو عطف احدهما على الاخر كان الحكم كذلك
قال وفي الثاني اضاف الطلاق الى الغد فلو وقع في اليوم لا يبقى مضافا وهو
اجود من قول صاحب الكتاب والمضاف لا يحتمل لما فيه من ابطال الاضافة
ثم ما اذا لم يبق مضافا والمانع من ابطال الاضافة انما هو ابطال المضاف بها اما
اما بالتنجيز فيجوز كما لو قال انت طالق غدا ثم نجز الثلث قبل مجي الغد تنجز
وبطلت الاضافة وفي البدائع في قوله اليوم غدا او في اليوم وقت اليوم
بانه غدا وهو محال وفي اليوم وصف الغد بانه اليوم وهو محال فلغا ذكر
الثاني فان اراد غيره باللغو هذا يستقيم والا فلا لغو لان الواقع في اليوم
موجود في الغد وفي قاضيخان لانه وصفها بالطلاق في الوقتين في الاول
فيقع في اليوم ليصير موصوفة به اليوم فلغا قلت لم يصفها بالطلاق
في الوقتين لان الغد بدل من اليوم بدل الغلط والبدل هو المقصود
بالنسبة دون المبدل وانما يوصف بالطلاق في الوقتين ان لو كان بالعطف
بخلاف غدا او اليوم حيث يقع ثنتان وقد ذكرناه وعند زفر يقع واحدة
ذكره في المبسوط كما لو قدم اليوم وفي قاضيخان فان قيل اذا تعذر جعلها
موصوفة بالطلاق في الحال بذلك الطلاق وجب ان يقع عليها اخرى في الغد تصحيحا

لكلامه قلنا انما يصح كلامه من الوجه الذي تكلم به وهو انما جعلها طالقا اليوم بتطليقة يقع عليها غدا او اليوم حيث يقع ثنتان ذكره في المبسوط وغيره لان المعطوف غير المعطوف عليه ولا عطف هنا وفي الحواشي ناسخ لحكم الاول من كلامه من الوجه الذي تكلم به لانه ليس بمستند والناسخ مما ينبغي ان يكون مستندا متراخيا قلت في الجامع لو قال انت طالق قبل ان اتزوجك بشهر او قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك يقع الطلاق ويكون الشرط ناسخا للاضافة ولو قال اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك كانت الاضافة ناسخة للشرط ولا يقع عند ابي حنيفة ومحمد ولا استبعاد هنالك ولا تراخي وفي الذخيرة لو قال انت طالق اليوم اذا جاء غد يلغو الاول ويتعلق الطلاق بمجيء الغد فيقع في اول جزء من الغد وهو طلوع الفجر والفقه فيه ان الجمع بين التنجيز والتعليق متعذر فكان الغاء الاول اولى لان اليوم كلمة واحدة وفي الغاء الثاني ثلاث كلمات وهي اذا وجاء وغد والغاء الاول اهون ولان الثاني ناسخ وفي الروضة للنواوي قال انت طالق اليوم غدا يقع طلقة في الحال ولا يقع شيء في الغد ولو قال غدا اليوم فوجهان اصحهما اكثرهما يقع في الغد ولا يقع في اليوم وفي المغني لو قال انت طالق اليوم غدا طلقت واحدة اليوم فان قال اردت انها طالقة في احد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غدا وعندنا تطلق غدا ولم تطلق اليوم هذا اذا كان نص على احد اليومين بان قال اليوم او غدا لانه اوقعه في احد اليومين فلو وقع في اليوم الاول يكون واقعا فيهما وهو لم يوقعه فيهما بل اوقعه في احدهما ولان الطلاق في الحال لا يقع بالشك والصحيح من مذهب الشافعي انه يقع في الغد ولو قال انت طالق اليوم اذا جاء غد يقع في الغد وقد ذكرناه وللشافعية وجهان احدهما لا تطلق اصلا والثاني يقع في الغد مستندا الى اليوم على اصل الشافعي فيما اذا قال انت طالق اذا قدم زيد قبله بشهر فاذا قدم يقع مستندا وفي المغني اختيار القاضي وقوعه في الحال وزعم ان الشرط محال وقال مقتضاه وقوعه اذا جاء غد في اليوم ولا يأتي غد الا بعد فوات اليوم وقال في الجرد ولا يقع قال وهو قول الشافعي قلت هو احد الوجهين للشافعية وفي الذخيرة قال انت طالق اذا جاء هذا اليوم ان نوى اليوم الذي يجيء مثله ويدور من ايام الاسبوع فهو كما نوى وان نوى يومه الذي هو فيه لا يقع ابدا هذا فيما بينه وبين

الله

الله تعالى وان لم يكن له نية فهو على اليوم المستقبل وفي نوادر المعلى عن ابي يوسف قال لها اذا كان ذو القعدة فانت طالق وقد مضى بعضه تطلق حين تكلم ولو قال يوم الخميس انت طالق يوم الخميس او في يوم الخميس فهي طالق في الخميس القابل وهكذا في الروضة الشافعية ولو قال انت طالق الساعة وغدا تقع في الحال ولا يقع في الغد غيره لما عرف فان قيل الغد معطوف على الساعة والمعطوف يشارك المعطوف عليه في حكمه والمعطوف حكمه بيان الايقاع فيه وكونها موصوفة بالطالقية فوجب ان يكون الغد كذلك قلت حقيقة الساعة كونها طالقا فيها بقوله انت طالق الساعة وانما الايقاع من ضرورته ولا ضرورة في الغد لحصول ذلك باليوم والساعة من غير ايقاع في الغد بخلاف قوله الساعة واذا جاء غد حيث يقع ثنتان لان مجيء الغد شرط والمعلق بالشرط لا يقع قبله لان الجزاء لا يتقدم على الشرط قوله ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء وقال في الروضة للنواوي كان الحكم كما لو طلقها قبل امس وقال ابن حنبل في المغني ليس بشيء وكذا عند مالك ذكره في المدونة وفي العدة وللكرابيسي ولو قال لعبده انت حر امس وقد اشتراه اليوم عتق لان كونه حرا امس يقتضي تحريم استرقاقه اليوم وبعده فصار كانه قال انت حر الاصل او معتق الغير ووجهه انه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما لو قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلقي قال ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج فان كانت بكرا او ثيبا بغير نكاح او متوفى عنها زوجها لا يستقيم على هذا ويستقيم على التعليل الاول وحاصله انه متى امكن جعله خبرا لا يجعل انشاء وفي المحيط لو قال يا طالق وقد طلقها زوج قبله طلقت وان صح جعله خبرا لغلبة الانشاء فيه وكذا يا مطلقة وان نوى الخبر يصدق قضاء في رواية ابي سليمان ولا يصدق في رواية ابي حفص قضاء وربما لو قال للمدخول بها انت طالق ثم قال انت طالق ثم قال انت طالق يقع الثلاث مع انه يمكن جعل الثانية والثالثة خبرا والجواب صاحب الحواشي بانه لا يمكن لان النية كان ولد عنها تعود اليها يعني بوجوب العدة فيمتنع كون الثاني والثالث اخبارا وهذا عند بعضهم قلت وليس بشيء قال المتأخرون من مشايخنا يقولون بوقف زوال العقد على انقضاء العدة ولو قال لامرأته انت طالق ثم قال كل امرأة له طالق يقع عليها طلقة اخرى

وهذا ما عرفه انها زوجة تحل وطيها قبل انقضا عدتها وجرى التوارث بينهما قبل انقضا العدة بالاجماع وهذا يدل على بقا النكاح قبل انقضا العدة بالاجماع ورد على هذا التخريج ما لو قال لامراتيه احداكما طالق مرارا لا يقع الا واحدة والفرق الصحيح بين المعينة والمنكرة ان قوله انت طالق غالب في الانشا في المعينة ولحل الحاجة لم تندفع بالاولى والثانية ولا يعد له عن الغالب وليس بغالب في المنكرة لعدم الحاجة ولهذا لو قال لامراته واجنبية احداكما طالق لا يقع على امراته والفقه فيه ان اللحاح والنصا والسرا انما تتحقق من المعينة دون المنكرة فلم يدل قوله احداكما طالق مرة بانه على ارادة الانشا ولهذا اسوينا بين قوله احداكما طالق بعد الدخول وبين احداكما طالق باين وبنوى الطلاق واحد كما طالق باين وينوى الطلاق واحداكما طالق باين حيث يجعل الثاني فيهما خبر العدم خبر الانشا فيها وعدم الحاجة الى الثانية وفي المغني لو قال انت طالق امس فظاهر كلام احمد انه لا يقع وقال القاضي في بعض كتبه انه يقع وهو قول الشافعي وفي الذخيرة وجوامع الفقه لو قال انت طالق امس واليوم واحدة كما لو قال انت طالق اليوم وغدا في المضاف الى وقتين فانه لم يوجد فيه ولو قال اليوم وامس تقع ثنتان لان الواقع اليوم لا يكون واقعا امس ولو قال اليوم وامس يقع واحدة عكس ما ذكر في الذخيرة وجوامع الفقه وفي جوامع الفقه قال انت طالق اليوم وامس واول من امس يقع الثلث كما تقدم وفي المحيط قال انت طالق اليوم وراس الشهر يقع واحدة وعن ابي يوسف يقع راس الشهر كالخيار لانه الشابق الى الفهم وغلط في نقل مذهب ابي حنيفة تعليل التعدد بما طلبها لو قال انت طالق اليوم وغدا وبعد غد فانه يقع طلقة واحدة وان كان الشابق الى الفهم الثلث ذكر في الروضة والاول قول زفر ولو قال في كل يوم تطليقة او عند كل يوم او مع كل يوم تتعدد بخلاف الاول فانه وصفها بالطالقية كل يوم فهي موصوفة بها ابدا فصار كما لو قال انت طالق ابدا او سنة بخلاف ما اذا ذكر في او تطليقة او عند او مع الاستقلال ولان عند ومع لقران الايقاع بالظرف فافترقا ولو قال انت طالق يوما ويوما لا تقع واحدة لانه وصفها بالطالقية يوما وبقي وصفاتها يوما ولا يصح

نعمه

نعمه ومثله في الروضة للنووي وقال الروحي المفهوم وقع الثلث اخرهن في اليوم الخامس وعندنا لو قال انت طالق ابدا يوما ويوما لا تقع الثلث واخرهن في اليوم السادس وقيل الخامس وكذا الروحي الابد والاصح الخامس وهو رواية ابي حفص ووجهه ان الطلقة الاولى تقع في اليوم الاول والثانية في اليوم الثالث والثالثة في اليوم الخامس والاول رواية ابي سليمان ووجهه انه مضاف الى احد اليومين فيقع عند اخرهما وهو اليوم الثاني والثانية في الرابع والثالثة في السادس وفي المحيط والصحيح الاول لانه لم يتخلل ابدا يقع طلقة واحدة في اليوم الاول ولو كان مضافا الى احد اليومين لما وقع في الاول **فايدة** نحوية امس اذا اريد به امس يومك ينبني على الكسر معرفة لتضمنه لام التعريف ولهذا وصف بالمعرفة في قوله جعلت جوعهم كامس الدابر فان قلت امسك قد مضى اعربته لان لام التعريف لا تبقى مع الاضافة فان ظهر اللام في لفظه فان اعتقد زيادتها بني البنا وان اعتقد التعريف بها عرف لعدم التضمن هذه لغة اهل الحجاز وبنو تميم يمنعونه الصرف للعدل والعلمية ولو كان تزوجها اول من امس وقعت الساعة طلقة لانه لم يسندها الى حالة منافية للوقوع ولا يمكن تصحيحه اخبارا فكان انشا في الحال فيلغو اسناده الى الامس لان ذلك في وسعه مسايل غريبة ذكرها في البسيط ولم اقف عليها في كتبنا قال انت طالق غدا امس او امس غدا بالاضافة في الموضعين تقع في الحال لان اليوم غدا امس وامس غد ولو قال انت طالق امس غدا او غدا امس بغير اضافة وقع غدا ولغا امس اما في الاول فلتعذر الايقاع امس فيقع في غد واما في اليوم الثاني فيوخذ باول الوقتين الذي يقع به مع تعذر ايقاعه في الثاني ولو قال انت طالق قبل ان ازوجك لم يقع شي وهو قول الايمة الثلاثة لانه اسنده الى حالة منافية للوقوع لعدم ملكه في ذلك الوقت فصار كما لو قال لها طلقتك وانا صبي او نايم او مجنون وكان جنونه معهودا او لانه ظاهر في الاخبار فلا يجعل انشا لما فيه من ابطال الظاهر مع ان الطلاق لا يقع بالوهم ولا بالشك **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او مهما لم اطلقك وسكت طلقت وفي البسيط في متى ومتى ما ومهما واي وقت لم اطلقك فيه فانت طالق يقع اذا سكت وكذا عند الحنابلة يقع واحدة ولا تتكرر الا على قول ابي بكر في متى وزعم انها للتكرار وليس

بصحيح اما ما فانها تستعمل للوقت قال الله تعالى حكاية عن عيسى عليه السلام
واوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حيا تملك لكنها تكون شرطية ايضا قال
الله سبحانه ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها وما يمسك فلا مرسل له
فينبغي ان لا تقع الا اذا كانت للوقت دون الشرط وهي تكون شرطية من غير
وقت وللوقت بلا شرط بخلاف متى ومتى ما فانها اذا كانت للمجازاة لا تنفك
عن الوقت فاذا قلت متى القتال كانت للاستفهام عن زمان القتال وليس فيه
شرط واذا قلت متى تقم اقم معك كانت ظرف زمان تضمنت معنى الشرط
وكذا متى وفي المبسوط لو قال كلما لم اطلقك فانت طالق ثم سكت يقع الثلث
مع بعضها بعضا لانه قد وجد عقيب سكوته ثلث اوقات بعضها على اثر
بعض فلا يقع معا حتى لو لم يكن دخل بها يقع واحدة وهذا في الروضة الشا
فعيه وفي المغني وقع الثلث في الحال للتكرار ولو قال انت طالق ان لم اطلقك
لم تطلق حتى يموت كقوله انت طالق ان لم ات البصرة وفي الروضه لو قال
انت طالق ان لم اطلقك يقع في اخر جزء من اجزاء حياته وفي اذا ان وجد
حال من التطليق وقع هذا هو المنصوص في الصورتين وقيل فيها قولان
بالنقل والتخريج ومتى ما ومهما واي وقت كان على المذهب وفي المغني
قال ان لم اطلقك فانت طالق لا يحنث الا بموت احدهما قال ولا نعلم فيه
خلافا بين اهل العلم وفي الجواهر قال ان لم اطلقك فانت طالق لزمته مكانه
طلقه اذ لا برا الا بطلاق وقيل لا يلزمه حتى يوقف او يرافعه فاذا قلنا بتعجيل
وقوع الطلاق على الرفع فهل يحضر عليه اذ لا فايدة في تاخيره او يضرب له
اجل المولى لعل رايه يتبدل فيرجع على الصبر عليه فيه خلاف وفي المبسوط
قال انت طالق ثلثا ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت احدهما قبل ان يطلقها
ولا يتحقق وجود هذا الشرط ما بقيا حيين ثم ان مات الزوج وقع عليها
الثلث قبل موته بقليل وليس لذلك القليل حد معروف لكن عند عجزه
عن تطليقها يتحقق شرط حنثه ثم ان كان لم يدخل بها فلا ميراث لها
لعدم الزوجية والعدة وان كان قد دخل فلها الميراث للفرار كما لو قال
انت طالق ثلثا ان مرضت فمرض ومات وهي في العدة وان ماتت وقع ايضا
قبل موتها وهو رواية الاصل وفي البدايع وهو ظاهر الرواية وفي رواية
النوادر لا يقع بموتها وفي التكملة وان ماتت وهو حي لم تطلق ولم احك فيه خلافا
ولا ميراث للزوج لعدم الفرار منها وفي الجامع قال انت طالق ثلثا الا ان

ادي

ادي غير ذلك اذا شا غير ذلك لا تطلق حتى يموت قبل ان يشا غير ذلك لانه
تعليق بشرط عدم الروية والمشية وانه لا يتحقق الا بالموت ولو طلقها
واحده قبل الدخول لا يبطل المعلق لان التاخير لم يقع وله ان يشا غير ذلك
وكذا لو ماتت لا يقع لان مشيته قايمة كقوله ان لم ات البصرة بخلاف
مسلة الكتاب على ظاهر الروايه لان شرط حنثه عدم تطليقها والفعل
المتعدي لا يتحقق معناه الا بالفاعل والمفعول وتطليقه الميته لا يتصور
لوجهين احدهما ان التطليق اثبات الطلاق وهو في الميته محال والوجه
الثاني ان النكاح موقت بتقاصيا تهما فاذا مات احدهما انتهى الكلام والطلاق
لا يقع بعد انتهايه لانه لا يقع الا في النكاح ولهذا لو قال ان مع موتي او
موتك لا يقع بخلاف مسلة الجامع وعدم اثبات البصرة فان الميته والاثبات
تحقق منه بعد وفاته فافترقا وفي الروضه قال انت طالق اليوم
ان لم اطلقك فمضى اليوم ولم يطلقها فوجهان فيه قال ابن شريح وغيره لا يقع
وقال ابو حامد تطلق في اخر لحظة من اليوم قال النواوي الثاني افقه وهو
المختار وكذا الخلاف فيه عند الحنابله ولو جن لا يقع لاحتمال الافاقة
فان مات مجنونا وقع قبل جنونه ثم في اسناده الى وقت اليمين احتمال ذكره
في البسيط وفي المغني لو قال ان لم اطلق حفصة فعمرة طالق فان الثلثة
مات وقع الطلاق قبل موته وبه قال الشافعي وابن حنبل وقال سعيد
ابن المسيب والحسن والشعبي ويحيى الانصاري وربيعة الراي ومالك
وابو عبيد لا يطاها وهو رواية عن ابن حنبل وقال الانصاري وربيعة
ومالك يصير به موليا وفي المبسوط قال انت طالق حين لم اطلقك فكما سكت
تطلق وكذا لو قال زمان لم اطلقك او يوم لم اطلقك او حيث لم اطلقك لانه لم
نقلته الى الماضي وقد وجد زمان لم اطلقها فيه ولو قال حين لا اطلقك فيه
لا تطلق في الحال لان لا لنفي الاستقبال هكذا في المبسوط فان لم يكن له نية فهو
على ستة اشهر على ما ياتي بيانه في الايمان ان شا الله تعالى فما لم تمض ستة اشهر
لا تطلق ولو قال في يوم ادخل دار فلان فامراته طالق فدخلها ليلا او
نهارا طلقت لعدم ابتدايه ولو قال يوم لا اطلقك فانت طالق فمضى بعد
يمينه يوم لا اطلقها فيه طلقت فرع قال متى لم احلف بطلاقك فانت
طالق قاله ثلاث متواليات يقع واحدة بالثالثة لانه لم يحلف بطلاقها
بعدها وان سكت سبعا طلقت ثلثا قوله ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك

وإذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو احدى
الروايتين عن ابن حنبل نصرها القاضي منهم ولو قال لا تطلق حتى يسكت
وبه قال مالك والشافعي في المنصوص من للجمهور وإذا ادى الموقت وقد ينفك عن
الشرط قال الله تعالى والليل اذا يغشى واذا هنا مجردة عن الشرط لان الجواب
في الشرط لابد من ذكره او من شيء يتقدم يدل عليه فلو دل المتقدم عليه
يصير المعنى اذا يغشى الليل اقسم فكان القسم معلقا على شرط وهو ظاهر
الفساد والنجم اذا هوى وفي المبسوط وقاضي خان والكتاب وعامة كتب
الاصحاب استدلوا على انها للوقت بقوله تعالى اذا الشمس كورت قالوا
ولهذا دخلت على الاسم واستدلالهم بها ضعيف فان اذا في الاية التي
ذكروها للشرط ولهذا اتى فيها بالجواب وهو قوله تعالى علمت نفس ما
احضرت وعلمت نفس ما قدمت واخرت والشمس من نوعه بالفاعل انها
فعل مضمر تفسيره كورت لان اذا ابطلت الفعل لما فيه من معنى الشرط
هكذا ذكر في الكشاف ورفعه بالفاعلية مذهب الزمخشري وغيره
رفعه بالفعل المقدر المفسر على انه مفعول ما لم يسم فاعله واستدلوا
بقول عنترة العبسي واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب
وفي يكون وادعي ولم يحدم قال الجوهري تمر يخلط بسمن واقط قال الراجز
التمر والسمن معا ثم اقط الحيس الا انه لم يختلط ويقول منه حاس الحيس
يحيسه حيسا وفي المبسوط الحيس تمر ينقع في اللبن حتى يسعو به فيوكل
وفي المغرب الحيس تمر يخلط بسمن واقط ثم يدلك حتى يختلط وقال
الاخفش هي ضرب صريح وما بعدها صرفها ولهذا لم يسمع الجزم بها في سعة
الكلام فصارت كمتى ومتى وفي المبسوط قال محمد في الكشاف اذا سكت عن
طلاقك فانت طالق فسكت طلقت لوجود الوقت الخالي ولهذا لو قال لامرأته
اذا شئت انت طالق كان بمنزلة قوله متى شئت ولم يقتصر على المجلس لعموم الوقت
بخلاف ان شئت فانه يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس ولابي حنيفة
رضي الله عنه انها تستعمل وانشد الفرا قال
استغن ما اغناك ربك بالغنى ،، واذا تصبك خصاصة فتجمل
وليس بصريح فانه كان يمكنه ان ياتي بمتى ان الوزن والمعنى واحد وانشد
سيبويه اذا لم ترد في كل دار عرفتها ،، لها من دمع عينيك تسجم ،، فجزم الجواب
ومنه قول قيس بن الحطيم الانصاري وقال ابن خروف هو الاخفش ابن شهاب

الثعلبي

الثعلبي ذكره في الحلل اذا قصرت اسيافنا كان وصلها خطانا الى اعداينا فنقارب
فضارب مجزوم بالعطف على محل الجزاء الذي هو جملة ومثل هذا كثير قال
المبرد اذا شرط صريح وما بعدها في موضع جزم فان وليتها الاسماء كانت
محمولة على الفعل كقوله تعالى اذا السماء انشقت وكقول الشاعر اذا الرجال
بالرجال التفت وجاء مثل اذ للنفي اذ الشرطية قال الله تعالى وان احد من
المشركين استجارك وقد ذكرناه واما المجازي بها بلا خلاف فاذا جوز بها في
النثر في المعنى واذا ما اولى وقال شمس الائمة السرخسي في اصول الفقه له
اذا عند نحاة الكوفة تستعمل للوقت تارة وللشرط تارة فيجازى بها ان
اريد بها الشرط ولا يجازى بها اذا اريد بها الوقت وهو قول ابي حنيفة
وعند نحاة البصرة هي للوقت فان استعملت للشرط لا تخلو عن الوقت وفي
اصول الفقه للبزدوي اذا عند اهل اللغة والنحويين الكوفيين تستعمل
للوقت والشرط على السوا فيجازى بها على اعتبار سقوط الوقت عنها
كانها حرف شرط وهو قول ابي حنيفة كما قال سيبويه في اذما فانه يجازى
به ويكون حرفا قال السرخسي ويصير مثل ان وقال ابن عمرون في شرح
المفصل اذا دخلتها ما جازى بها وانما يجازى بها في الاختيار بدون ما
لان الاضافة تزيل ابهامها الا انها لو خلصت عن الابهام والشرط بانه
الابهام فان اكسبها ما عن الاضافة سوا انها ما تجوز بها وقال ابو البقا
في الكتاب انما لم يجازى بها في الاختيار لانها تستعمل فيما لابد من وقوعه
مثل ما اذا احمر البسر واذا طلعت الشمس ووقته متعين بما يضاف ولان
الشرط الابهام والفرق بين اذا ومتى ان الوقت في متى لازم في الجزاء
دون اذا عند الكوفيين والمبرد من البصريين والخلاف عند عدم
النية اما اذا نوى بها احدهما يصدق بلا خلاف فلو لم تكن حقيقة
الشرط لما صدق ولانه حينئذ قد يكون نوى مجاز كلامه وفيه
تخفيف على نفسه وفي مثله لا يصدق قضا لما عرف وقد ذكرناه غير
مرة ولا حجة لمحمد في مسئلة لا يصدق لما عرف في الاصل فانه لو قال ان سكت
عن طلاقك فانت طالق فسكت طلقت والجواب عن قوله انت طالق اذا شئت
ان الامر صار بيدها فعلى تقدير الوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى الشرط
المحض يخرج فلا يخرج بالشك وكذا في مسئلة الكتاب لا يقع المعلق بالشك
وفي المنتقى لو قال لها اذا طلقتك فانت طالق واذا لم اطلقك فانت طالق فمات

قبل ان يطلق يقع عليها طلاقان لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا في اليمين
الثانية فيقع عليها الطلاق باليمين الثانية وهذا الطلاق يصلح شرطا
في اليمين الاولى لانه وقع بكلام واحد بعد اليمين الاولى فحنث في اليمينين جميعا
فيقع عليها طلاقان ولو قال اذا لم اطلقك فانت طالق واذا طلقتك فانت
طالق ثم مات قبل ان يطلق يقع طلقة واحدة لانه لما مات قبل اليمين التطليق
صار حانثا في اليمين الاولى فيقع الطلاق وهو لا يصلح شرطا في اليمين
الثانية لانه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية والشرط يراعى على المستقبل
لا في الماضي ولم يذكر فيه خلافا وعلى قياس قولهما ينبغي ان لا ننتظر موته
بل كما سكت يحنث في قوله اذا لم اطلقك فانت طالق ولو قال انت طالق ما لم اطلقك
فانت طالق فهي طالق هذه التطليقة دون المعلقة اذا قاله موصولا به وفي
قاضيخان انت طالق ثلثا ما لم اطلقك والقياس ان يقعا في المدخول بها وهو
قول زفر لانه قد وجد زمان لا يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت
طالق قبل ان يفرغ من كلامه ووجه الاستحسان ان اكثر مستثنى من يمينه
لان من حلف يقصد بيمينه البر دون الحنث واليمين يعقد للبر ولا يمكنه
تحقيق البر فيها الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصل الخلاف فيمن
حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها
ولا يلبس هذا الثوب وهو لابسه في الحال من ساعته او نزل عنها من فوره
او نزع ثوبه للوقت لا يحنث عندنا وعنده يحنث وهذه المسئلة واجناسها
تاتي في الايمان ان شاء الله تعالى **قوله** ومن قال لامراة يوم اتزوجك فانت
طالق فتزوجها ليلا او نهارا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار
يذهب يوم الغيم ولا يشعر به وكما لو قال لله علي ان اصوم يوما او اعتكف يوما
ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن فر
من الزحف ليلا يلحقه الوعيد كالنهار وقال الله تعالى ولكم شرب يوم معلوم
وقال الله سبحانه وتعالى وذكرهم بايام الله اي باوقات نعمائه وبلائه ولم يختص
النهار دون الليل وفي الحديث تلك ايام الفتوح اي اوقاته ولا يختص بالنهار
دون الليل ما امر والعسر ويوم علينا ويوم لنا ويوم نساء ويوم نسر
فاذا قرن بما يمتد كالصوم والاعتكاف والامر باليد يراد به بياض النهار
يعني من وقت طلوع الفجر لا بد لان من المعيار وهو الليق به وان قرن به ما لا
يمتد يراد به مطلق الوقت وبه قال مالك وقال الشافعي هو لبياض النهار

والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار انتهى كلامه وفيه نظر
فان الذي قرن باليوم الزوج اذ اليوم مضاف الى التزوج وهكذا ذكره
في الجامع الصغير وذكر في كتاب الايمان من هذا الكتاب لو قال يوم اكلم
فلانا فامراته طالق اذ الكلام مما لا يمتد وهو المقرون باليوم لكن
قد قالوا امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم ليلا فلا خيار لها ولم يعتبروا
القدوم وان كان الامر مقترنا به مضافا اليه بل اعتبروا الامر باليد
وهو مما يمتد فجعلوه مقرونا باليوم واليوم مقرونا به وفي المحيط
اعتبروا المضاف الى اليوم والمضاف اليه اليوم وفي الكتاب اعتبر
جانب الجزاء لا الشرط وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب وغيره ان التزوج
لا يمتد فاعتبر الشرط وهكذا قال حميد الدين واجاب في الحواشي
عن الامر باليد وفي البسيط قال انت طالق يوم يقدم فلان فقدم ليلا
لا تطلق ومنهم من حكم بوقوعه وحمل اليوم على مطلق الزمان ولو نوى
باليوم بياض النهار خاصة صدق في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه
والليل لاينا ولد الا السواد والنهار اسما ولد البياض خاصة وفي
المغرب النهار من طلوع الشمس الى غروبها وهو في الصحاح ضد
الليل وفي المجمل لان فادرضيا ما بين طلوع الفجر الى غروب الشمس
والمشهور الاول واليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس قاله نصير
ابن سميل وعليه الفقهاء وقيل من طلوع الشمس وقيل من طلوع الفجر
وطلوع الشمس ليس من اليوم ولا من النهار والليل وقوع اليا
والواو فاو عينا ومقدم اليا على الواو ولا يوجد في كلام العرب الا يوم
ونوح وفي النهاية لابن الاثير قال الحسن ابن علي رضي الله عنهما اهل
طلقت نوح يعني الشمس وهو من اسمائها بداكراح وهما مبنيان على الكسر
وقد يقال فيهما نوحي على فعلي وانما تقدم الواو على الياء كذلك في ويجا
ويله وويحه وويسه وغير ذلك وانما وقع الطلاق اذا تزوجها وان لم يكن
تعليقا باداة الشرط لان الطلاق معلق بالتزوج من حيث المعنى لان اليوم
مضاف الى التزوج موصوف به من جهة المعنى والوصف يجري مجرى
الشرط كقوله المراة التي اتزوجها طالق والمراة التي تدخل الدار طالق
يتعلق الطلاق بالتزوج والدخول ويقع بعدهما كذا هنا ونظيره قال
ان تزوجت عمرة بعد زينب فهما طالقتان فتزوجها كذلك طلقتا

وانه لم يقع طلاق زينب بالشرط حقيقة **فصل** قوله ومن قال لامراته انا منك طالق ليس بشي وان نوى الطلاق وكذا انا منك طالق او فوض اليها الطلاق فقالت انت طالق او قال لها امرك بيدك في ثلاث طلقات فقالت انت طالق ثلاثا فذلك كله ليس بشي وهو قول عثمان بن عفان وابن عباس والاوزاعي والثوري ذكره ابو عمر بن عبد البر في التمهيد وابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه وبه قال ابن حنبل واختاره ابن المنذر وقال مالك والشافعي يقع الطلاق في ذلك كله على الزوج اذا نوى وهو لفظ كناية وزعموا ان ملك النكاح مشترك بينهما حتى سميا متناكحين ويبطل النكاح بموت احدهما ويرث كل واحد منهما من الاخر والزوج معتد من جهتها حتى لا يتزوج اختها ولا اربعا سواها ولها حق المطالبة بالوطء والحل ايضا مشترك بينهما والطلاق ازالة الحل فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها الا انه غير متعارف فلا بد من النية وصار كما لو قال انا منك باين او عليك حرام وغيرها من الكنايات ذكرها في روضة الحقول وحجتنا في ذلك نصوص الكتاب قال الله تعالى اذا طلقتم النسا فطلقوهن لعدتهن وقال تعالى فان طلقها فلا جناح عليكم ان طلقتم النسا ولم يقل فان طلقتنه ولا جناح عليكن ان طلقتن الرجال ولان ايقاع الطلاق على الرجل تصرف غير مشروع اذ لم يرد به كتاب ولا سنة ولا اثر صحيح ولا سقيم فكان باطلا عند النطق به فلا ينتقل الى غيره وسبيل مثله اهدار لا ينقله الى غيره وهي الزوجة وكذا قوله تعالى اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن ولم يقل ثم طلقتكم فثبت ان تطليقه نفسه باطل اذ لا يصح ايقاعه بالطلاق به اخبارا ولا انشا فهو هوس من قايله او جهل وسبيل مثله ان لا يترتب عليه حكم شرعي فصار كما لو قال انا معتق او عتيق او حر ونوى اعتاق ام ولده او جاريته التي تلد منه ونوى ذلك لا تعتق وان وجب عليه نفقتها وكسوتها او بيع الجارية ولان الرجل انما يطلق نفسه ولم يطلق امراته وهو ليس محل للطلاق فكيف يقع الطلاق على غير من طلقه بغير دليل ولم يعهد في الشرع ان يطلق انسان ويقع الطلاق على غيره ولان الزوج مالك لا مملوك والطلاق ازالة المملوك ورفع قيد النكاح ولا ملك ولا قيد على الزوج فلا يمكن العمل به فيلغو قال محمد في الاصل الزوج لا يكون طالقا من امراته ابدا او قيد النكاح والملك فيها لا فيه حتى منعت من التزوج بغيره وهو لم يمنع ولهذا كان وقوع الطلاق عليها لا على المطلق عندهم وقولهم الملك مشترك كلام لا حاصل

له

له بل الملك للزوج خاصة ولهذا يجوز للمسلم ان يتزوج كتابية ولا يجوز للكتابي ان يتزوج المسلمة فلو كان الملك مشتركا بينهما لم يجز في المسالتين ولهذا كان المعقود عليه بضعها والعوض المعقود به وهو مهرها مالا بصفتها عليه ثم ما ثبت لها عليه وهو المهر والكسوة والنفقة فالطلاق غير موضوع لازالته ورفعه وما ثبت له عليها وهو ملك البضع وقيد النكاح والحل فالطلاق موضوع لغة وما ثبت لها من الحل تبع لحل الزوج فيزول بزوال الاصل وما يكون تبعا في النكاح لا يكون محلا لاضافة الطلاق اليه لما عرف قبل هذا واما تسميتهما متناكحين فانه من باب التغليب فان الزوج ناكح والمراة منكوحة وما جاء من ذلك مجاز لا سيما عندهم فان معنى المتناكحين متعقدان والعقد لا يتصور منها في هذا الباب وقولهم انه مقيد ايضا حتى لا يجوز له ان يتزوج اختها ولا اربعا سواها قلنا هذا مغالطة لان ذلك كان ثابتا قبل نكاحها ادعوه الجمع بين الاختين والجمع بين الخمس محرم بالنص والاجماع والصبي عاجز عن التصرف وليس بمقيد ومن عجز عن القضا لعدم التقليد لا يكون مقيدا فكذا الزوج غير مقيد مع عجزه بخلاف الابانة والتحريم لان الابانة قطع الوصلة بينهما والوصلة ثابتة بينهما من الطرفين فيقطع بها فاذا انقطعت لا يبقى الوصلة بينهما لاستحالة بقا التقطع والزايل واما التحريم فانه عبارة عن اثبات الحرمة اذا ثبتت زال الحل قطعا بخلاف الطلاق فانه عبارة عن رفع القيد ولا قيد عليه لما ذكرنا وهو من جانب واحد وذلك باق على من يثبت عليه القيد وهو المنكوحة لانه لم يرفع القيد الا عن غير المقيد وهو نفسه وقولهم الا انه غير متعارف فلا بد من النية قلنا هو صريح غير محتاج الى النية بالاجماع لكن ايقاعه عليه غير متعارف ومتى كان اللفظ صريحا في نفسه لا يشترط في وقوعه التعارف بالنسبة كما لو قال نصفك طالق او عشرك طالق او فرجك طالق او راسك او قال انت طالق انصاف طلقة او طلقتين فان الطلاق يقع في ذلك كله بغير نية وان لم تكن هذه الاضافة متعارفة وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة والتمهيد لابن عبد البر ان رجلا جعل امر امراته بيدها في الطلاق فقالت انت طالق ثلاثا قال ابن عباس فيه خطا الله نوها لو قالت انا طالق ثلاثا لكان كما قالت روي ذلك عنه من طرق ورواه ابو عبيد والاثرم واحتج به احمد وعن ابن مسعود يقع به طلقة رجعية واكثر ما زاد القمر والا بو الحوم المطر مخطية لا يصيبها مطرها وهو دعا عليها انكار الفعلها حيث اضافه الى غير محل الطلاق ولان من صور النزاع

قولها طلقي نفسك فقالت طلقتك فقد اتت بغير ما فوض اليها وخالفت فيعلوا
وبقي مجرد النية فلا يقع به ولو قال انا منك باين او عليك حرام ونوى الطلاق
فهي طالق طلقة باينة اذا لم ينو الثلث وقد ذكرنا وجه ذلك والفرق بينه وبين
الطلاق لو قال انا باين او حرام ولم يقل منك ولا عليك لم يقع الطلاق وان نوا
بخلاف انت باين او حرام ونوى الطلاق ذكره في الذخيرة ومثله في المبسوط
قوله ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشي قال كذا ذكره في الجامع
الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وفي قوله الاول
وهو قول محمد يقع واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال
انت طالق واحدة او لا شي ولا فرق ولو كان هنا المذكور قول محمد ايضا حتى
يكون قول الكل فعن محمد فيه روايتان وفي قاضي خان قال انت طالق او لا او لا
شي او انت طالق وغير طالق وليس بشي عند الكل فعلم انه لا فرق بين قوله
او لا وبين قوله او لا شي وفي الذخيرة قال انت طالق ثلثا او قال طالق واحدة
او لا شي او قال او لا طلقت واحدة عند محمد وهو قول ابي يوسف ثم رجع ابو يوسف
وقال لا يقع شي اما اذا قال انت طالق او لا ولم يذكر عددا او قال لا شي فقد ذكر
في رواية ابي حفص انه على الخلاف الذي تقدم وهكذا ذكره الفقيه ابو الليث
في مختلفاته وهذه الجملة ذكرها شيخ الاسلام والصحيح رواية ابي سليمان انه لا يقع
شي بلا خلاف هكذا ذكره في المحيط ولم يذكر خلافا ويمكن بوقوع الشك في الايقاع وزاد
في المحيط وكذا انت طالق الا الاستثنا وانت طالق ان كان او ان لم يكن لانه شرط
فلم يكن انقطاعا وفي الجامع قال انت حر ان يقع عند محمد طلاقا لا لابي يوسف والوضع
في الطلاق وفي المرغيناني وجه قول محمد ان التعليق لم يتم لعدم المفرق فبقي
ارسالا ولابي يوسف انه لما قال ان فقد ه بين لم يرد به الارسال فلم يكن ارسالا
فبقي تعليقا وان لم يتم وفي المحيط تطلق في قول محمد الحال ولا يقع في قول ابي يوسف
وبه اخذ محمد ابن سلمة وكذا لو قال لولا او الا وفي جوامع الفقه ولو قال ثلثا
او لا قيل على الخلاف والاصح انه لا يقع قال انت طالق ثلثا او لا شي او واحدة
عندهما وعند ابي يوسف هو كالاول لا يقع شي خلاف المذكور في الكتب وفي التنبيه
قال انت طالق او لا لم يقع شي وفي المغني قال انت طالق او لا لم يقع شي لانه
استفهام وقيل يقع لان الاستفهام بالهمزة وفي الروضة قال انت طالق
ان لم او ان قال البوسنجي ان قصد التعليق فلم يتمه لا ادري انه يقع طلاقه وان لم
يقصد الاستثنا ولا التعليق لانه لو اتى بالاستثنا بلا نية وقع فهنا اولى وهذا

خلاف

خلاف ما لو قال انت طالق ما لا يجوز عليك من الطلاق او ما لا يقع او انت طالق ثلثا
لا يجوز عليك او لا تقع عليك من الطلاق او ما لا يقع او انت طالق ثلثا لا يجوز
عليك او لا يقع يقع ومثله في التتمة والمغني عن ابن حنبل والفرق ان هناك
وصف الطلاق الواقع بوصف ينافي الوقوع فلغا وهنا ادخل كلمة الشك
في الايقاع فلا يقع بالشك ولمحمد رحمه الله انه ادخل الشك في الواحدة لدخول
او بينها وبين النفي ويسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق سالما
من الشك بخلاف قوله انت طالق او لا لان الشك وقع في الطلاق فلا يقع ولهما
ان الوصف يعني الجزو هو قوله انت طالق متى قرن به العدد كان الوقوع
بالعدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا يقع الثلاث
ولو كان الوقوع بطالق دون الثلث لم يقع والثلاث يقع عند الجمهور منهم
الايمة الاربعة واصحابهم وقال الحسن البصري يقع واحدة لانها بانت عند
قوله طالق وهذا لان الواقع هو المصدر المنعوت المحذوف معناه انت
طالق تطليقة واحدة فاذا كان كذلك كان الشك في الايقاع فلا يقع شي
ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشي وهو قول الشافعي
وابن حنبل ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو قال بعد موتي او بعد موتك بل
اولى لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية
وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما ولانه تبين بموت احدهما فلا يبقى
الطلاق نكاحا يزيله وهذا لان النكاح موقت بحياتهما ينتهي لوجود
غايته والحكم لا يبقى بعد الغاية وفي الجامع قال والله لا اقربك ما دام
النكاح بيننا قوله واذا ملك الرجل امراته او شقصا منها
او ملكت المراة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة بينهما بالفسخ
وهذا قول الجمهور وبه قال الايمة الثلثة والظاهرية وفي التمهيد
عن عبد الله ابن عبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي انها لو ملكت زوجها
فاعتقته حين ملكته كانا على نكاحهما واجمعوا على بطلان نكاحها لو ملكها
زوجها ووطئها بملك اليمين بعده ولو ملك بعضها ينفسخ النكاح ولا يطاها
قال قتادة لم يزدد به منها الا قربا ووطئها بنكاحه وهو شذوذ لكن
يوافقه القياس لانه لم يثبت به حل وطيها فلا يرتفع نكاحها لعدم
الاستغنا عنه والجمهور ان بين الملكين منافاة اما ملكها اياه فللجمع بين
المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة

فيموت احدهما

مع قيام ملك اليمين ولا بقاله مع المنافاة ولهذا لا يجوز ان يتزوج بامته
ابتدا ولا بمن ملك بعضه ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع طلاقه لزوال النكاح
وكذا لو ملكته او شقصا منه لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة
واجبة عليها فيه بخلاف الاول لانه يحل له وطيها بملك اليمين فلا عدة
عليها وهنا لا يحل للعبد وطي سيدته ولا لغيره الا بعد العدة وعقد
جديد وفي الذخيرة قال القدوري في كتابه كل فرقة توجب التحريم المويد
فان الطلاق لا يلحقها فيها لانه لا يظهر له اثر واذا وقعت الفرقة
بخيار البلوغ وبعدم الكفاءة فطلقها في العدة لا يقع عليها وكذا في خيار
العتق وهي في الجامع الصغير للكرخي وفي كتاب الطلاق لركن الاسلام ابي
الحسن علي السعدي وفي التتمة واللعان يقع طلاقه في العدة لان الفرقة
بينهما طلاق باين وللحاصل ان كل فرقة هي فسخ من كل وجه لا يقع طلاقه فيها
واذا خرجت الحربية الى دار الاسلام مسلمة ولم يخرج زوجها فطلقها في
دار الحرب قبل ان يسلم لم يقع طلاقه اما على قول ابي حنيفة فلانها ليست
في عدته وهو قولهما وان كانت في عدته الا ان هذه العدة لا نفقة على
صاحبها فيها ولا سكنى فاشبه عدة النكاح الفاسد بخلاف ما لو اسلم فطلقها
في دار الحرب او في دار الاسلام بعدما خرج الينا حيث يقع طلاقه عليها عند
محمد لوجوب النفقة والسكنى فاشبهت عدة النكاح الصحيح في دار الاسلام
بخلاف ما لو خرجت مسلمة وزوجها كافر في دار الحرب فلا يمكن ايقاع الطلاق عليها
بسبب حالة النكاح اما بعد ما اسلم زوجها وخرج الينا او هو في دار الحرب
وهذه نظيره حرة تحت عبد اشترى زوجها لا يقع طلاق الزوج عليها عندهما
فان باعته او اعتقته وهي في العدة وقع عليها ولو قال لها انت طالق للسنة
ثم اشتراها لا يقع طلاقه وان جاء وقت السنة فان اعتقها ثم جاء وقت السنة
وقع لان حكم العدة يظهر بعد العتق فكانت محلا للطلاق وكذا في فتاوي قاضيخان ذكره
في الذخيرة ولو علق طلاقها بشرط وانقضت مدة ايلايها تعتد سواها لا يقع
وان كان بعد عتقها يقع لانها في العدة اما على الوجه الاول فلانه ما دام عبدا
فلا نفقة لها عليه ولا سكنى فلا يقع طلاقه وبعد ما باعته او اعتقته فلها
النفقة والسكنى فيقع طلاقه عليها واما على الوجه الثاني فلانه ما دام عبدا
لها فهذه حالة لا نظير لها من النكاح لان حالة النكاح كان الزوج فيها قواما
على امراته وهنا بالعكس فلا يمكن تسببها حالة النكاح ونظيرها عندهما ايضا

اذا

اذا ارتد الزوج ولحق بدار الحرب يجب عليها العدة فان طلقها المرتد وهو
في دار الحرب لم يقع طلاقه ولو اسلم وقع طلاقه في دار الحرب وانه يخرج على
الوجهين ولو كانت معتدة بعدة الوطي لا بعدة الوفاه لا يقع طلاقه وانما
يقع اذا كانت معتدة بعد الطلاق بيانه اذا طلقها واحدة باينة او ثنتين
ثم وطيها في العدة من غير دعوى الشبهة ومع العلم بالحرمة تستانف
العدة بكل وطية وتتداخل مع العدة الاولى الى ان تنقضي الاولى فاذا
انقضت وبقيت الثانية والثالثة كملت عدة الوطي لا عدة الطلاق
فلا يقع طلاقه عليها ولو ارتدت المراة ولم تلحق بدار الحرب فطلقها
وهي في العدة وقع طلاقه عليها ولو خالعها لا يقع الطلاق عليها
لان بالارتداد بانت والمبانة يلحقها صريح الطلاق ولا يلحقها بالخلع
وفي المبسوط اسلم احدهما وخرج الى دار الاسلام وقعت الفرقة بغير
طلاق لتباين الدارين فان طلقها لا يقع طلاقه اما اذا كان الزوج هو الذي
اسلم ولانه لا عدة عليها لكونها حربية وان كان الذي اسلم هو الزوج
فلا عدة على المهاجرة عند ابي حنيفة وعندهما يلزمها العدة لكن هذه
لا يثبت له فيها ملك اليد فكانت بمنزلة عدة النكاح الفاسد والوطي بشبهة
على ما تقدم فلا يقع فيها طلاقه وان اسلم الحربي بعدها وخرج الينا لم يقع
طلاقه عليها اعتبارا بها ايضا وقيل هذا على قول ابي يوسف الاول وهو
قول محمد فاما على قوله الاخر يقع طلاقه وهو نظير ما لو اشترى زوجته
ثم اعتقها بعد ما دخل بها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول ابي يوسف
الاول وهو قول محمد في قوله الاخر يقع وكذا لو اشترت المراة زوجها وعلى
هذا لو ارتد الزوج ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه فان عاد مسلما ثم طلقها
فهو على هذا الخلاف لابي يوسف على قوله الاول انها صارت بمنزلة لا يقع عليها
طلاقه حين لحق بدار الحرب او بقي في دار الحرب او لها بالشرا فدل ذلك
على زوال ملك اليد الذي كانت به محلا للطلاق وبعد زواله لا تعود الا بالتجديد
وله على قوله الثاني ان المانع من الوقوع تباين الدارين حقيقة وحكما او عدم
ظهور العدة في حقه حتى اشتراها وقد زال ذلك حين اعتقها وحين خرج
الينا مسلما وهي في عدته فيقع عليها طلاقه كما لو اسلم احد الزوجين في
دار الحرب الاسلام وفرق بينهما بالاباء ثم طلقها وهي في العدة يقع طلاقه
قوله ولو قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك

اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة قال لانه علق التطليق بالاعتاق او
العتق لان اللفظ ينبئ عنهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم
تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لا وقوع الطلاق لان
في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق
معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يسابقها وهي حرة لانه
يوجد بعد التطليق والتطليق يوجد بعد الاعتاق والعتق فلا تحرم عليه
حرمة غليظة قال يبقى شيء ان كلمة مع للقران قلنا وقد تذكر للتاخير ايضا كما في
قوله تعالى ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط
فلا تثبت الحرمة الغليظة مع الاحتمال وكذا لا تنقطع الرجعة بالشك
قلت قوله علق التطليق بالاعتاق او العتق فيه نظر لانه اضاف الثنتين
الى الاعتاق بكلمة مع تعلق هناك لعدم ارادة التعليق والمضاف الى
التعليق يقارنه ولا يتاخر عنه بخلاف التعليق لان المضاف سبب في
الحال فيقارن المضاف اليه ولا يتاخر عنه والمعلق بالشرط يتاخر لانه
انما يصير سببا عند وجود الشرط والدليل على انه يقارن ولا يتاخر ما ذكر
في الجامع وهو انه لو قال انت طالق مع نكاحك او في نكاحك لا يقع الطلاق
اذا تزوجها بخلاف ان نكحتك وفي قول محمد مع عتق مولاك اياك نظر من
جهة العربية فان العتق ظاهر ثلاثي من عتق وهو فعل لازم ليس له
مفعول وهو فعل الامة لا فعل المولى وكيف اضافه الى المولى وجعل اياك
مفعولا به فكان الخطاب وفي مطالع الانوار ومشارق الانوار والتاريخ
يقال عتق العبد يعتق عتقا وعتاقا وعتاقة بفتح العين فيهن والاسم
العتق بالكسر قالوا ولا يقال عتق وانما هو اعتق اذا اعتقه سيده من
الرباعي وبمعنى ذلك قاله ابو منصور الازهري وابن قتيبة وابن الاثير في
النهاية ولم يذكر احد منهم ان عتق تستعمل متعديا قال النواوي في السنة
وغيره ان نذر عتق رقبة وكان الصواب ان يقول اعتاق رقبة قلت هو اقرب
من المذكور في الرقبة الكتاب لان الرقبة يجعل فاعله اي نذر عتق رقبة من
جهته اذ لم يذكر متعديا وفي المغرب عتق العبد واعتقه مولاه وقد يقام
العتق مقام الاعتاق ومنه قوله اي قول محمد انت طالق ثنتين مع عتق
مولاك اياك قلت وجه ذلك ان العتق مسبب عن الاعتاق واقامة المسبب مقام
السبب جائز وكذا ذكر المسبب وارادة السبب به وهو معتوق موكد

او

او لغة ضعيفة او هو مفعول بمعنى فاعل كقوله تعالى حجابا مستورا اي ساترا
وكقوله تعالى انه كان وعده ماتيا اي اتيا وعليه اكثر اهل التفسير وقيل
مستورا بالحجاب الثاني فيكون على قلوبهم حجب كالاكنة وقيل مستورا عن
العيون حجبه الله تعالى عن ابصارهم فكانوا يمرون به ولا يبصرونه وقيل
مستورا اي ذا ستر كقولهم سيل مفعم وهو من باب النسب كما جاء في فاعل والمفعم
من قولهم افعمت الاناء اذا ملاته وافعمت الرجل اي ملاته غضبا ذكر ذلك
الجوهري ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد
فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة عليها لان الزوج
قرن الايقاع باعتاق المولى لانه علقه بالشرط الذي علق المولى عتقها به
وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لان اصله
الاستطاعة مع الفعل واعتبر العلة الشرعية بالعلة العقلية والمعلول
يقارن علته في التعليقات وانما يتاخر عنها في الرتبة قال فيكون التطليق
مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسالة الاولى وفي فتاوى قاضي خان
انه جعل الطلاق مقارنا للاعتاق وانما يثبت الطلاق مقارنا للحرية فلا
تحرم حرمة غليظة ولهذا تعتد بثلاث حيض وعلل ركن الاسلام الشيخ
ابو الحسن علي السعدي رحمه الله ان العتق وان كان يقارن الاعتاق لكن
لكن العتق لا يزيد ما لم يزل الرق مع العتق لا يجتمعان في محل واحد فيكون العتق
بعد زوال الرق فكان الطلاق بعد الحرية وفي المحكم العتق ضد الرق ويقال
عتق الفرخ اذا قوي وطار وفي المغرب الرق الضعف ومنه ان ابا بكر رجل
رقيق اي ضعيف القلب وفي الحواشي فان قيل التطليق يقارن الاعتاق لتعلقهما
بشرط واحد فيلزم ان يكون وقوع الطلاق والعتق معا من ضرورة اقتران كل واحد
من المعلولين بعلته فكيف يستقيم قوله فتطلق بعد العتق وهو سؤال قوي
والجواب عنه من اربعة اوجه احدها ان مشايخنا والاصوليين اختلفوا في
العلل الشرعية فمنهم من يقول بتاخر معلولها لانها امارات غير مؤثرات
بخلاف العقلية ومثاله ما قال الشيخ جمال الدين في الوجيز ان النصاب موجب
الوجوب فيعقبه ذكره في اخر باب زكاة الابل والبقر والغنم فجاز ان يختار
محمد رحمه الله هذا القول في الطلاق وفي الاعتاق اخذ بالقران الذي هو قول
اخرين اذ منه وجوب العتق اليه ومحبوب من الشرع عليه فكان اسرع نفاذا

والطلاق بالعكس لكنه مفوض اي مبعض في الوجه الثاني ان المعلق بالشرط كالمرسل
عنده فيكون قول المولى عند الشرط انت حرة وقول الزوج طالق متقارن
في زمن واحد ويتاخر تبين عن الحرمة ضرورة فيقعان عليها وهي حرة
والوجه الثالث انه اذا احتمل واحتمل لا تثبت الحرمة الغليظة بالشك
والاحتمال وكذا لا يبطل حق الرجعة للزوج والوجه الرابع يجوز ان يكون
مراده بقوله بعد العتق اي معه كما ان مراده بقوله مع عتق مولاك اياك
اي بعد عتق مولاك في المسألة المتقدمة ولهما انه علق الطلاق بما علق
به المولى العتق وهو مجيء الغد ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق
والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسألة الاولى لانه ثم
علق التطليق باعتاق المولى فيوجد التطليق بعد الاعتاق فيقع الطلاق
بعد العتق قلت هذا بعد التسليم انه تعليق وقد ذكرنا ما يمنع من ذلك
وفي قاضيخان وفي المفصل الاول جعل الطلاق مقارنا للعتق دون الاعتاق
وهذا لا يستقيم لان المراد بالعتق هو الاعتاق لانه قائم مقامه على ما تقدم
بخلاف العدة لانها وجبت بعد وقوع الطلاق وهي حرة ولان العدة تحتاط
فيها قال صاحب الكتاب ولا وجه لما قال لان العتق لو كان مقارنا
لانه علته والطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان وفي قاضيخان
لو قال انت طالق مع دخولك الدار يتعلق الطلاق بالدخول ويقع بعده
وهو ممنوع بل يقع مقارنا للدخول مع ان كلمة مع للقران كما ذكر في الجامع
وفي الروضة قال العبد لزوجته اذا مات سيدي فانت طالق طلقتين وقال
السيد اذا مت فانت حرة فمات وهو يخرج من ثلث ماله فهي تحرم بهما عليه
وجهان يحرم لا يحل وقال ابن الحداد له رجعتها لان العتق والطلاق وقعا
معا فلم يكن رقيقا عند الطلاق وعلى هذا لو قال العبد اذا جاء غد فانت
طالق طلقتين وقال السيد اذا جاء الغد فانت حرة والله تعالى اعلم

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته
انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث وفي المغني
قال انت طالق واشار باصابعه الثلاث يقع واحدة وان قال هكذا واشار
بها وقع الثلاث كما ذكرنا وقال في الكتاب لان الاشارة بالاصابع يفيد
العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم فعلى هذا
لخروج الاشارة عن القرينة المبهمة كما ذكر في المغني وفي قاضيخان لان الكلام

مع الاشارة اقيم مقام التلفظ بالعدد قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا
وهكذا واشار باصبعه وحبس ابهامه في المرة الثالثة واراد بذلك تسع
وعشرين يوما متفق عليه وقد تقدم ذلك في كتاب الصوم وما ذكر في الكتاب
اظهر لان غير المقترنة بالعدد المبهم لا تخرج على عبارته وفي الحواشي
اذا لم يتلفظ بقوله انت طالق ويلغو الاشارة فيقع واحدة كما قال في
المغني بقوله انت طالق ويلغو الاشارة وهكذا في الكتاب ولم يات
صاحب الحواشي بزيادة على ما في الكتاب وان اشار بواحدة فهي واحدة
فكانت تأكيدا لقوله انت طالق وان اشار بثنتين فهي ثنتان كما لو قال
انت طالق ثنتين والاشارة تقع بالمنشورات منها قيل ان اشار بظهو
رها فبالمضمومات منها يعني انه جعل ظهور الاصابع والكف الى
المخاطبة وبطونها الى نفسه لانه انما يعتبر مشيرا بالمنشورات اذا
كان بطونها الى المخاطبة هكذا العرف والعادة فاذا كانت الاشارة
تقع بالمنشور فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء
للتخفيف مع انه خلاف العادة وان قال قصدت الاشارة بالكف
دون الاصبع والاصبعين يصدق ديانة حتى تقع في الاولى
ثنتان يعني اذا قال نويت الاشارة بالمضمومتين وفي الثانية بالواحدة
يعني لو قال نويت الاشارة بالكف ويكون ذكر الاشارة بالكف للتأكيد
لانه يحتمله وان كان خلاف الظاهر وفي المغني لو قال اردت الاشارة
بالمقبوضتين قبل منه لانه يحتمله وفي الروضة قال انت هكذا واشار
باصابعه الثلاث قال في فتاوى القفال ان نوى يقع الثلاث وقال غيره
لا يقع ولو نوى الاشارة بالمضمومتين دين وان قال اردت واحدة لم يقبل
على الاصح وان قال انت طالق واشار باصابعه ولم يقل هكذا لم يحكم بوقوعه
الا بالنية يعني وقوع العدد وفي المغرب حبس ابهامه اي قبضها
ويقول حبسه يحبسه اي اخره فاخر من باب ضرب يتعدى ولا يتعدى
واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان باينا مثل ان يقول
انت طالق باين او البتة قلت قوله باين صفة لطالق او خبر بعد خبر وليس
صفة للطلاق وانما يكون صفة للطلاق لو قال انت طالق طلاقا باينا وفي
جوامع الفقه والمرغيناني الاصل انه متى وصف الطلاق بصفة تنبئ
عن الشدة والقوة والحدة والعظم كان باينا كقوله انت طالق اشد الطلاق

او اخسه واقبحه او احسنه او اخشنه او اسواه او اطوله او اعرضه او اعظمه او استره كان باينا ويحتمل الثلاث بخلاف افضل الطلاق او اكمله او اعدله او اعدله او احسنه او اجمله او اخيره فانه يقع رجعيا ولا يحتمل الثلاث للفظ الطلاق هكذا في جوامع الفقه ويأتي الكلام على ذلك ونذكر مذاهب اهل العلم فيه في الكنايات ان شا الله تعالى وفي المغني لو قال ابتدا الطلاق او اطوله او اعرضه فهي واحدة رجعية وهو قول الشافعي لو قال انت طالق طلاق الشيطان او طلاق البدعة كان باينا لان الرجعي هو السنه فيكون طلاق البدعة والشيطان باينا للمخالفه بين السنة والبدعة وهذا الفرق انما يتاتى على رواية الاصل واما على رواية زيادات الزيادات فان الباين سني ايضا فلا يكون الباين طلاق البدعة ولا طلاق الشيطان والرجعي فلا يكون بدعيا فلا يبين بالشك وعن ابي يوسف **قوله** انت طالق طلاق البدعه او الشيطان هكذا في المرغيناني لا يكون باينا الا بالنية لان البدعة قد يكون بايقاعه في حالة الحيض فلا بد من النية وعن محمد يكون فيهما رجعيا كما ذكرنا لابي يوسف في الاولى فلا تثبت البينونة بالشك لا سيما اذا قلنا ان الباين ليس طلاق البدعة والشيطان ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله باين او البتة اخرى يقع طلقتان باينتان لان الوصف يصلح لابتدا الايقاع والرجعي مع الباين باينان ولو قال كالجبل يكون باينا للزيادة وكذا مثل الجبل وعن ابي يوسف يكون رجعيا للتوحده وصار كما لو قال انت طالق كالصخرة او كالعسل فانه رجعي عندهما ذكره في الفتاوي وذكر المرغيناني عن محمد انه باين وفي الذخيره لو قال انت طالق مثل التراب او الاساطين او الجبال يقع واحدة رجعية عندهما وعند ابي حنيفة وزفر يقع واحده باينه وان قال كالف او مل البيت فهي واحدة باينه الا ان ينوي ثلثا لانه قد يراد به التشبيه في القوة كقوله

الناس الف منهم كواحد ؞ وواحد كالف ان امر عنى

وتارة في العدد فلا تثبت الزيادة على الواحده الا بالنية وعن محمد انه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فكانه قال كعدد الف والشي قد يملا البيت لعظمه وقد يملاه لكثرته فعند عدم النية يثبت الاقل للشك في الزيادة والحرمة الغليظه

وفي المرغيناني قال انت طالق كثلاث فهي واحدة باينه عند ابي يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث ولو قال كعدد الشمس او القمر فهي واحدة باينه عند ابي حنيفة رجعيه عند ابي يوسف وعند محمد كالنجوم واحدة وكعدد النجوم ثلث فيحتاج الى الفرق بينهما وبين قوله كالف ويمكن ان يقال بالالف من اسما العدد وضعا بخلاف النجوم ولانه يحتمل ان يكون كالنجوم نورا او ضيا وفي المرغيناني وغيره قال انت طالق كعدد كل شعرة على جسد ابليس لعنه الله يقع واحدة حتى يعلم شعره او هل له شعر وان قال كالثلج فهي باين عند ابي حنيفة وعندهما ان اراد به البيا فرجعي وان اراد به برده فهي باين وحكى محمد ان سماعة انه سيل عمن قال لامراته انت طالق عدد الشعر الذي على فرجك وقد كانت قد طلت فبقي محمد يتفكر فيه وشبهه بظهر الكف ثم اجمع رايه على انه ان قال بعدد الشعر الذي في بطن كفي انه يقع واحدة قال الفقيه ابو الليث ان لو قال عدد الذي على ظهر كفي يقع على عدد الشعر البائنه فان لم يكن عليه شعر لم يوجد الشرط واذا قال بعدد الشعر الذي على بطن كفي لم يقع على عدد الشعر الذي على بطن كفي لم يقع على عدد الشعر لانه لا يكون فيه شعر ابدا فكانه قال انت طالق بعدد كل شعرة في جسد ابليس ويكت فيقع واحدة وبلغوا ذكر الشعر قلت قد قالوا انه لو قال انت طالق بعدد كل شعرة في جسد ابليس يقع واحدة فعلى ما ذكر هنا ينبغي ان لا يقع شي اصلا لانه ان كان عليه شي وهو لا يعلم لم يقع وان لم يكن عليه شي يقع واحدة فلا يقع بالشك ويجاب عنه انه ان كان عليه شعر قطعا فقد تعلق بعدده ولم يوجد الشرط لازالته وفي جسد ابليس لم يتعلق بالشعر لعدم العلم بوجوده فافترقا وذكر الكرخي انه لو قال انت طالق عدد شعر راسي او عدد شعر ظهر كفي وقد طلى طلقت ثلثا لان شعر الراس وظهر الكف ذو عدد وان لم يكن موجودا او طلى بطلي النوره اي لطخه فعلى هذا وقد كانت اطلت واطلى شقوق رجله حطا هكذا ذكره في المغرب وفي الروضه مختصر الرافعي قال انت طالق على البيت او البلد او السما او الارض او اعظم من الجبل او اكبر الطلاق او اعظمه او اشده او اطوله او اعرضه او طلقه كبيره او عظيمه تقع واحدة رجعية وتلغوا هذه الصفات كلها

وهكذا في المغني وكذا لو قال ملا الدنيا يقع واحدة رجعية كقول الشافعي
واقصى الطلاق واكبره واحدة رجعية هو المذهب ويحتمل الثلث في اقصاه
قلت هذا الاحتمال هو الحق والمذهب ضعيف جدا لان الكثير لا بد ان يكون
ذا عدد واقل ما يتصور فيه العدد اثنان والاكبر زايد على الكثير
قطعا فكيف يتصور ان يكون واحدا رجعيا وكان ثلثا كقول محمد ولو قال
انت طالق عدد التراب فثلث عند محمد واختاره البغوي وابن حنبل واعتبره
بعدد الانواع ولو قال انت طالق واحدة مائة مرة لم يقع الا واحدة قاله
المتولي من الشافعية وهو بعيد عن اللفظ والقصد اما اللفظ فان
فيه الغا مائة بغير دليل والغا مرة واحدة لا يسوغ فكيف بمائة مرة
واما القصد فلان مثل هذا الكلام يقصد به طلقة بعد طلقة مائة
مرة وفي جوامع الفقه عن محمد عدد الرمل ثلث لانه ذو عدد بخلاف عدد
التراب فكان في التراب روايتان عنه قوله ثم الاصل عند ابي حنيفة
رضي الله عنه انه متى طلق بشي يقع باينا اي شي كان المشبه به ذكر العظم
يكون باينا والا فلا اي شي كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس
يقع باينا والا فهو رجعي ذكر العظم او لا وقول محمد مضطرب قيل مع
ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وفي الذخيرة عند ابي حنيفة ومحمد ان ذكر
العظم يكون باينا والا يكون رجعيا مثاله قال طالق عظم السمسم او عظم
حبة الخردل عندهما باينا اعتبارا لذكر العظم وعند زفر يقع رجعيا
اعتبارا لصغر المسمى ولو قال مثل السمسم او مثل حبة الخردل فهو
رجعي عند الثلاثة وعند ابي يوسف باين في الكل وفي جوامع الفقه لو
قال مثل الخردل له او مثل راس الابرة او طولها او عرضها فهي باينة
واحدة عند ابي حنيفة ومحمد قال ابو يوسف رجعي الا ان يريد به العظم
ونحوه وفي الكتاب وبيانه في قوله مثل راس الابرة باين عند ابي حنيفة
وعند الثلثة رجعي مثل عظم راس الابرة باين عند الثلثة رجعي عند زفر
مثل الجبل باين عند ابي حنيفة وزفر رجعي عندهما مثل عظم الجبل باين
عند الكل وعند الشافعي وابن حنبل رجعي في الكل وفي قوله مثل راس الابرة
ينبغي ان يكون باينا عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد اما عند ابي حنيفة
فللزيادة وعندهما الحرمة على ما ذكر في الذخيرة ولو قال انت طالق
تطليقة شديدة او طويلة او عريضة فهي واحدة باينة لان ما لا يمكن

تداركه

تداركه لا يرضى غيره يشتد عليه وهو الباين وما يصعب تداركه يوصف
بالطول والعرض يقال هذا امر شديد وعريض وطويل وعن ابي يوسف
انه يقع رجعيا فيهما لان العرض والطول من صفات الاجسام فيلغوا
ذكر ذلك وان نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة
والواقع بها باين وفي المبسوط لو قال انت طالق طول كذا وعرض
كذا فهي واحدة باينة لان الطول والعرض فيه اشارة الى الشدة
ولا يكون ثلثا وان نواها لان الطول والعرض للشي الواحد فكانه
قال انت طالق واحدة طولها وعرضها كذا وهو لا يسوغ فيه
نية الثلث وفي المرغيناني لو قال انت طالق تطليقة عريضة او
طويلة او شديدة او واحدة تملا البيت فهي واحدة باينة ولا
يصح فيه نية الثلث لوصف الواحدة بالبينونة فيثبت انه لا يلزم
من البينونة التنوع اذا كانت تطليقة واحدة باينة لان الواحدة
نافي الثلث فرع لو ضم الى امراته ما ليس بمحل للطلاق فقال لها
ولحجر او بهيمة او احداكما طالق او قال هذه او هذه طلقت امراته
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقع للشك ولهما ان الحجر او
البهيمة لما لم يكونا محلا للطلاق لم يصح ضمهما فلا شك حينيذ وان
جمع بين امراته ورجل فقال احدكما طالق او هذا او هذه لا يقع
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقع لان الرجل كالحجر والبهيمة
وله ان الرجل محل في الجملة كما في الابانة والتحريم ولو قال لامراته
واجنبية احداكما طالق او قال هذه وهذه لا تطلق زوجته الا بالنية
وفي المبسوط يحلف انه لم ينوها وعند الشافعي وابن حنبل يقع على
زوجته عند عدم النية وان قال اردت الاجنبية قبل الاصح على
المنصوص ذكره في الاملا وعند مالك لا يقبل منه ذكره في الجواهر
ولنا ان احدهما غالب في الحق فلا يحمل على الانشا الا بالنية فلا يقع
الطلاق على زوجته بالاحتمال والشك بخلاف ما لو قال طلقت احداكما
حيث لم تطلق زوجته بغير نية لان تطليق الاجنبية لا يصح ولهذا
لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يتضمن النكاح الصحيح ولو قال
ان دخلت الدار فانت طالق لا يتضمن ولو قال احدى امراتي طالق وليس
له الا امراة واحدة فيقع عليها ذكره الصدر الشهيد في شرح الكافي

فصل في الطلاق قبل الدخول قوله واذا طلق الرجل امراته قبل الدخول بها وقعن عليها وهو مذهب ابن عباس وابن عمر وعمران الخطاب وعبد الله ابن عمرو ابن العاص وابن مسعود وابي هريره وانس ابن مالك وروي عن علي ابن ابي طالب وزيد وبه قال سعيد ابن المسيب وابن سيرين وعكرمه والنخعي والشعبي وابن جبير والحكم وابن ابي ليلى والاوزاعي والثوري ومالك وابو ثور والشافعي وابن حنبل وابو عبيد قال ابن المنذر وبه اقول وذكر ابن ابي شيبه انه قول عايشه وام سلمة وخالد بن محمد ومكحول وحميد بن عبد الرحمن مع من تقدم وكان طاوس وعطا وابو الشعثا وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلثا فهي واحدة وقد ذكرنا جملة من هذا في مصنف ابي بكر بن ابي شيبه عن جابر بن زيد وطاوس وعطا ان الرجل اذا طلق امراته ثلثا قبل ان يدخل فهي واحده وفي المبسوط هو قول الحسن البصري لعامة اهل العلم ان الذي اوقعه هو المصدر وهو الذي اوجده عند اهل اللغة والنحو وانما يتصف من الطالقية عند وجود مفعوله الذي هو مصدر والثلث نعت له على ما مر والنعت يقوم بالمنعوت ولا يوجد المنعوت بلا نعته فيقع الثلث ضرورة وقولهم بانت بقوله طالق قبل وجود قوله طلاقا ثلاثا غلط فان فرق الطلاق ثلث بالاولى ولم يقع الثانية لعدم الفايده قبل الدخول باجماع اهل الملة الاسلاميه وذلك مثل قوله انت طالق وانت طالق انت طالق وانت طالق وطالق او انت طالق وانت طالق ولا فرق وكذا لو قال انت طالق واحدة وواحده بانت بالاولى ولم تقع الثانية وبه قال علي ابن ابي طالب وابن مسعود وزيد رضي الله عنهم وهو قول النخعي والثوري وابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وعكرمه وحماد ابن ابي سليمان والحكم والشافعي وقال في الجديد وابي عبيد وابي ثور ذكره ابو بكر بن المنذر في الاشراف وقال مالك ان قال انت طالق وانت طالق وانت طالق نسقا متتابعا من غير فصل لزمه وهو الثلاث وهو قول الاوزاعي والليث بن سعد والقديم للشافعي وقال ابو اسحاق المالكي تبين بالاولى كقول الجماعة وفي الروضه يقع واحده في الكل وهو المذهب وفي المغني لو قال انت طالق وطالق وطالق قبل الدخول

يقع

يقع الثلاث وهو قول ابن ابي ليلى وربيعة وقديم الشافعي وفي المبسوط لو قال انت طالق واحدة ونصفا يقع ثنتان قبل الدخول ومثله في الذخيرة وجوامع الفقه ولو قال نصفا وواحده فكذلك عند ابي يوسف ذكره في جوامع الفقه ولو قال واحدة واخرى يقع ثنتان ذكره في المبسوط وجوامع الفقه وفي الذخيرة قال انت طالق واخرى فهي واحده وفي المبسوط قال انت طالق واحدة وعشرين تطلق ثلاثا خلافا لزفر وفي احد عشر تطلق ثلاثا بالاتفاق وكذا قوله احد عشر ذكره في جوامع الفقه ولو قال واحده وعشرة تطلق ثلاثا كالمتقدم خلافا لزفر وفي جوامع الفقه يقع واحدة واطلق فيه ايضا قول ابي يوسف وكذا لو قال واحده ومائة وعن ابي يوسف في هذه الصورة يقع واحدة لان العبارة المعروفة فيهما مائة وواحدة فاذا غير الطلاق ذلك مفرق الطلاق فتبين بالاولى وفي جوامع الفقه جعل الثلاث قول ابي يوسف قال وروي عن ابي حنيفة انه لو قال انت طالق واحده وتقدمها ثنتان فهي ثلاث كقوله واحده مع ثنتين او معها ثنتين وعن محمد في قوله انت طالق وطالق يقع عند فراغه من الثانية قلت هذا اغرب وفي الروضة قال انت طالق واحدة ومائة يقع واحده لنا ان واحده ونصفا ليس لهما عبارة اخصر منها بخلاف واحدة وواحده فان لهما عبارة اخصر منهما وهي اثنتان فلا ضرورة الى ذلك لوجود ما هو اخصر منها فلا يتوقف على الثانية وانما يقع ثنتان في واحده واخرى لعدم استعمال اخرى ابتدا واستقلالها وفي احدى وعشرين ليس له عبارة غيرها وكذا واحدة ومائة وان قال واحدة بل ثنتين يقع واحدة وبه قال الشافعي وبعد الدخول يقع ثلاث وهو قول الشافعي وقال ابن حنبل يقع ثنتان ولو قال له علي الف بل الفان يلزمه الفان وكذا لو قال كنت طلقتك واحدة بل ثنتين والفرق ان السهو والغلط يقع في الاخبار دون الانشا فجوزنا الاستدراك فيه دون الانشا وانما وقع الثلاث في المدخول بها لان بل ولا بل لرفع الاول واقامة الثاني مقامه ورفعه غير شايع فوقع مع الثاني بخلاف ما قبل الدخول لانها تبين بالاول ولا وجه لقول ابن حنبل في ايقاع

اثنتين لانه انما يكون برفع الطلقة الاولى ولا سبيل الى رفعها وفي الروضه
قال انت طالق ثنتين بل واحده يقع الثلاث في المدخوله وثنتان في
غيرها وان قال واحدة بل ثلثا ان دخلت الدار فوجهان احدهما تقع
واحده ويتعلق ثلث قاله ابن الحداد والثاني يتعلق الثلاث وفي غير
المدخوله يقع واحدة في الحال فان تزوجها ودخلت فالمذهب انه لا
يقع شي وجه قول مالك وابن حنبل ان الواو للجمع المطلق تقرير ثلاث
والملفوظ بحرف الجمع والملفوظ بلفظ الجمع ومعنى الثلاث كمعنى
واحدة وواحدة وواحده كقولك جا الزيدون في الاصل جا زيد
وزيد وزيد فلما جمع تكثر فدخله الالف واللام فلا فرق بينهما فوجب
ان يقع الثلث عليها قبل الدخول كما يقع الثلاث بلفظ الثلاث بخلاف
ما لو سكت ثم قال وطالق ثم قال انت طالق واحده فواحدة او ثم واحده
فانها تبين بالاول للفصل ولا فصل للواو ولهذا لو زوج فضولي رجلا
امتين في عقدين فقال الزوج اجزت نكاح هذه وهذه بطل نكا
حها لو قال اجزت نكاحهما فجعل الملفوظ بحرف الواو كالملفوظ
بلفظ التثنية لان الواو معتدر فيها ولهذا وقعت ثنتان في قوله
واحدة ونصفا في واحدة واخرى ولو لم يتوقف اول الكلام على اخره
لما وقع الثلاث وبانت بقوله انت طالق لما صح الاستثنا بالشرط
والحاق الوصف بالطلاق والجمهور انها بانت بقوله انت طالق واحدة
قبل ذكر الثانية لا الى عده فلا يقع الثانية والثالثة بخلاف المجموع
بلفظ فانها تقع جمله لا يتقدم بعضها على بعض والثلاثه في
هذه المسلة ونظايرها واضدادها انه متى ذكر في اخر الكلام مغيرا
يتوقف اول الكلام عليه كما يتوقف على الشرط والاستثنا والحاق
الوصف ولا يتوقف على المقرر له لان الاصل في الجمله الاستقلال وعدم
التوقف على غيره في افادة حكمه فاذا قال قبل الدخول انت طالق
واحدة وواحده ولم يتوقف الواحدة الاولى على وجود الثانية لان
الثانية لا تغير الاولى بل تقررها لان المعطوف يقرر المعطوف عليه
فتبين بالاولى قبل ذكر الثانيه وهذا بخلاف ما لو كان له ثلاثه فتمهم سوا
ولا مال له سواهم ومات فقال احد الورثه اعتق ابي هذا وهذا وهذا اعتق
ثلث كل واحد كانه قال اعتقهم فجعل الملفوظ فيه حرف الجمع كالملفوظ

بلفظ

بلفظ الجمع لان الثاني يتغير للاول والثالث مغير لهما فيتوقف الاول على
الثاني والثالث كما يتوقف على الشرط والاستثنا لكونهما مغيرين لصدر
الكلام ولو قال اعتق ابي هذا وسكت ثم قال هذا وسكت ثم قال وهذا اعتق
الاول ونصف الثاني وثلثا الثالث لانه تصرف بمعين فكان من شرطه
الاتصال ولم يوجد وعلى هذا قول الزوج اجزت نكاح هذه وهذه
لان نكاح الثانيه يرفع نكاح الاولى لو صح فكان مغيرا للاول فتوقف عليه
ونظير الاول لو زوجه فضولي امتين في عقدة واحدة فقال المولى اعتقت
هذه بطل نكاح الثانية ولو اعتقهما معا توقفا لان صدر الكلام لا
يتغير باخره لان باعتاق الثانية لا يبطل حكم الكلام الاول من اعتاق
الاولى فلا يتوقف ولو قال انت طالق انت طالق لا تقع الثانيه عند
ابن حنبل ولو كان اول الكلام يتوقف على اخره عند عدم المغير لوقع
طلقتان والجواب عن المسايل التي استشهدوا بها تقدم ولو قال
انت طالق واحده او ثنتين او ثلاثا فمات بعد قوله طالق ذكر
العدد كان باطلا لانه فات المحل اذ وقوع الطلاق بالعدد لما مر
وهو يجانس ما قبلها من حيث ان الوقوع بالعدد فيهما ولا فرق بين
ان تبين بالطلقه الاولى او بالموت وان وقوعه ليس بقوله انت
طالق فيهما سوى شي وانها لو ماتت بعد قوله طالق ولم يذكر العدد
واقتصر على قوله طالق ولم تمت هو وقع الطلاق وان لم يكن ثم عدد
اصلا فلو كان الوقوع بالعدد لا غير لم يقع شي قلنا نقدر
الطلقه الواحده لانها لا تتصف بالطالقيه لا بتقدير وقوع
طلقة واحده فكان اقتضا فاذا وجد العدد بطل الاقتضا وكذا
لو قال انت طالق ثلثا ان شا الله فماتت بعد قوله ثلثا قبل قوله
ان شا الله لا تقع لان الاستثنا يصح لانه ينافي الوقوع وهذا
سالم لو نهاخلاف ما لو مسك انسان على فمه عند اراده ذكر
الواحدة حيث يقع لانه يتصل ذكر العدد بالايقاع وبخلاف ما
لو مات الزوج قبل ذكر الاستثنا حيث يقع لانه لم يصح لعدم ذكره
وفي البسيط لو ماتت عند ذكر الثلاث ففيه ثلثة اوجه احدها تقع
الثلث لانها تقع باول الكلام ثانيها لا يقع شي ثالثها تقع واحده
بقوله طالق ويلغو اذكر الثلث قوله ولو قال انت طالق واحده

قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة قبل الدخول والاصل في ذلك انه متى ذكر طلقتين وادخل بينهما كلمة الظرف ان قرنته بها الكناية كان صفة للمذكور اخيرا كقولك جاءني زيد قبله عمرو وان لم تقرن بها الكناية كان صفة للمذكور اولا كقولك جاءني زيد قبل عمرو والايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان اسناده ليس في وسعه فالقبلية في قوله واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخرى وقد حصلت البينونة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او قال واحدة بعد واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بضمير الاولى فاقتضى ايقاعها في الحال كما لو قال انت طالق امس تقع في الحال فيقترنان في الوقوع والبعدية صفة للطلقة الاولى فاقتضى وقوع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه حتى ينصرف الاولى بالبعدية فيقترنان في الوقوع ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للقران لغة وعن ابي يوسف في قوله معها واحدة تقع ثنتان لانه يستدعي سبق المكنى عنه لا محالة فيقتضي ان لا يقع الا السابق فلا يقع ثنتان وعلل ابن قدامه له بان الطلقة اذا وقعت لا يمكن ان يقع معها غيرها والتعليل الصحيح انه هو الاول وزادت الشافعية واحدة فوق واحدة او فوقها واحدة او تحت واحدة او تحتها والحنابلة مثلوا اخذوها ولا وجه لافراد ذلك لدخوله في قولنا واحدة قبل واحدة او بعدها وبعد واحدة وبعدها واحدة لان قبل واحدة وفوق واحدة سوا وكذا تحت واحدة بمنزلة بعد واحدة وتحتها واحدة بمنزلة بعدها واحدة ولم يذكروا واحدة تحت واحدة ومعناه قريب من معنا مع وفي الروضة للنواوي قال لغير المدخول بها انت طالق طلقة قبل طلقة او بعدها طلقة بانت بالاولى وان قال بعد طلقة او قبلها طلقة ففيه ثلاثة اوجه اصحها يقع واحدة والثاني لا يقع شي والثالث يقع ثنتان ويلغو قوله قبلها وهو ضعيف وقد ذكرت وجهه وقوته ولا يلتفت الى من تضعيف وان قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة فوجهان اصحهما وقوع الثنتين والثاني واحدة بناء على انهما يقعان معا او يتعاقبان

وان

وان قال انت طالق طلقة تحت طلقة او تحتها طلقة او فوق طلقة فثنتان وفيه وجه انه طلقة كما في الاقرار فانه لا يلزمه الا درهم واختاره ابن كج والماطلي وقال امام الحرمين والغزالي حكمه حكم مع قلت ضعفه ظاهر لان مع القران وفي كلام المتولي ما يقتضي انه لا يقع في غير المدخول بها الا واحدة وان قال انت طالق طلقة قبلها طلقة وبعدها طلقة وذلك قبل الدخول فوجهان احدهما يقع واحدة والثاني لا يقع شي بناء على السريجية وفي المغني واحدة وهو ظاهر قول الشافعي قلت هو احد وجهي الشافعي ولا قول له فيه وقال ابو بكر من الحنابلة يقع ثنتان كقول اصحابنا ويلغو قوله وبعدها وفي المدخول بها يقع الثلاث وفي الجواهر قال انت طالق طلقة مع طلقة او معها طلقة او فوقها طلقة او تحت طلقة وتحتها طلقتان وفي المغني قال انت طالق طلقة قبلها طلقة يقع واحدة ذكره القاضي وقال القاضي تقع ثنتان وهو قول ابي حنيفة قال لنا انه طلاق مرتب في نقضه قبل نقضه فلم يقع جميعه كما لو قال طلقة بعد طلقة قلت قياسه فاسد لان في المقيس عليه يقع ثنتان ايضا وقوله نقضه قبل نقضه فلم يقع جميعه باطل لان ترتيبه يقتضي وقوع واحدة قبل هذه التي اوقعها وليس في قدرته ايقاعها في الزمن الماضي فيقع في الحال مع التي اوقعها ولا يتاخر عنها لان القبلية تنافي البعدية فصار كما لو قال انت طالق امس فانه يقع في الحال كما ذكرناه قبل هذا ولو قال انت طالق طلقة معها طلقة وقع ثنتان وان قال معها ثنتان تقع الثلاث في القياس فكذا عندنا وان قال انت طالق طلقة قبلها طلقة وقال اردت اني طلقتها قبل هذا في نكاح اخر وان زوجا قبل طلقها دين قوله وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى لانها في العدة وينبغي ان لا يقع ثنتان في قوله انت طالق وقوله قبل واحدة لان القبلية المطلقة لا يستدعي وجود ما بعدها الا ترى انه لو قال لها انت طالق قبل ان تدخل الدار او قبل قدوم زيد او قبل ان اتزوج زينب يقع في الحال دخلت تلك الاشيا بعد ذلك او لم توجد وهذا اجماع لعله خلاف قبل وفي الجامع قال انت طالق قبل اذا قربك لتحد وقيل لا يحد وفي الزيادات قال ان تزوجت زينب قبل عمرة فهي طالق فتزوج

زينب تطلق وان لم يتزوج عمرو اصلا ويدل على صحة ما ذكرناه قول الله سبحانه
قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي لنفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وكلمات
الله تعالى لا تنفد ابدا او غير ذلك قيل في الجواب ان اللفظ يتغير بالوقوع وهو
ظاهر فيه وان لم يستدع لا محالة والعمل بالظاهر واجب كما لو قال
انت طالق فان الطلاق الثاني يقع ايضا كالاول وان احتمل الخبر والتاكيد
للوسه غالبا في الانشا ظاهرا فيه ولا يرد انت طالق قبل عتق عبدي سالم حيث
لا يعتق لان قوله قبل عتق عبدي ليس بظاهر في عتقه بخلاف قوله طلقة
قبل طلقة **مسئله** الدور المعروف بالسريجية قال ان طلقتك فانت
طالق قبله ثلثا فيه ثلاثة اوجه الوجه الاول لا يقع الطلاق عليها قط
لانه لو وقع المنجز لوقع قبله ثلاث وحينئذ لا يقع المنجز لوقوع الثلاث
قبله وحينئذ لا تقع الثلاث لعدم وجود شرطه وهو التطليق والوجه
الثاني تقع المنجز فقط والوجه الثالث يقع ثلث المنجز وثنتان من الثلث
المعلقه وقيل يقع المعلقات قال امام الحرمين وهو بعيد ثم اختلفوا في
الراجح منها فالمعروف عن ابن سريج هو الاول وبه سميت السريجية
وقال به ابن الحداد والقفال والروياني وابو حامد وابو الطيب واختاره
صاحب المذهب والغزالي ثم رجع وحكي بعضهم نص الشافعي وقيل هو زيد
ابن ثابت واختار الاسماعيلي وغيره وقوع الثلاث وذهب الي وقوع المنجز
فقط ابن القاص وابو زيد واختاره ابن الصباغ والمتولي والشريف ناصر
العمري قالوا وهو مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه قلت قياس قول اصحابنا
وقوع الثلاث المنجزه والمعلقه بالشرط من غير تقديم لان ذا استنادا ليس
في وسعه فصار كما لو قال قبل الدخول انت طالق واحده قبلها واحده
تقع ثنتان معا كما تقدم قال ويشبه ان يكون الفتوى به يعني بوقوع
الواحدة المنجزة قال الروياني لا وجه لتعليم العوام هذه المسئله لفساد
الزمان وقد جزم الشافعي في المهذب بترجيح المنجزه اي بالمباشرة وقال
ابن عقيل تطلق بالمنجزه لا غير ويلغوا المعلق فلا يقع الطلاق في الزمن الماضي
لانه غير متصور فيه قلنا ان الله سبحانه وتعالى شرع الطلاق بمصلحة
تتعلق به وما ذكروه يمنعها بالكلية ويبطل شرعيته فتفوت مصلحته
فلا يجوز بمجرد الراي والتحكم واذا لم يمكنه ايقاع الطلاق على زوجته
في جميع عمره كان ذلك مذهب النصاري بعينه ولانه جعل ايقاع الواحدة

شرطا

شرطا الوقوع الثلث ولا يوجد المشروط قبل وجود شرطه فتقع الطلقه المباشرة
ولا يفضي الي الدور ولانه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل به فلغت صفته ووقع
الطلاق كما لو قال انت طالق ثلثا لا تقع عليك او لا عن قد او قال انت طالق طلقة لا تقع عليك وطلاقك
او قال اذا طلقتك فانت طالق ثلاثا فانه مستحيل اذا طلقها ان يطلق ثلاثا
بالتعليق ويبطل ما ذكروه بما لو قال اذا انفسخ نكاحك فانت طالق قبله ثلاثا
ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع او وطي امها او بنتها بشبهة او ردة فانه
لا خلاف في انفساخ نكاحها **فى الروضة** قال لمدخول بها انت طالق يقع ثنتان
عند الجمهور وقال القاضي حسين واحدة ولو كرره ثلاثا على الاظهر ولو قصد
بالثلاثة تاكيد الاولى وقع الثلاث على الاصح للفصل ولو قال انت طالق وطالق وطالق
فعلي القولين فان قال قصدت بالثاني تاكيد الاول لم يقبل وان قال انت طالق طلقة
او معها طلقه يقع ثنتان معا او يتعاقبان وجهان اصحهما يقعان معا **قوله**
ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقع
عليها واحدة وهو احد الوجوه الثلاثه عند الشافعية وقال ابو يوسف ومالك
واحمد يقع ثنتان واجمعوا على انه لو اخر الشرط تعلق الكل ووقع جملة ولو عطف
بالفا فهو على هذا الخلاف عن ابي حنيفة وعن ابي يوسف ومحمد فيما ذكر الكرخي
وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح لان الفا في العطف
للتعقيب وفي الذخيرة قال لها ان طالق ان دخلت الدار بانت بالاولى ولم تتعلق
الثانيه وان عطف بالفا وبالواو وتعلقا ان عطفهن فعند ابي حنيفة يقع عليها
طلقة للحال وتبين بها ويبطل الباقي وهو قول القاضي من الحنابلة وقال ابو يوسف
ومحمد يتوقف الكل على وجود الشرط فاذا وجد وقع الثلث هكذا المسئله في النوا
زل وذكر المعتمد وري انه يقع واحدة عند الشرط وهو الاشبه وبه قال
الشافعي وابن حنبل في القديم قدم الشرط او اخر لابي يوسف ومحمد ان كلمة ثم
للجمع مع التراخي ولاقتضايه الجمع تعلق الكل بالشرط واعتبار التراخي تاخر
الثانيه والثالثه وقوعا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كلمة ثم للتراخي وذلك بان
يتراخى تعليق الثاني عن الاول فيقع الفصل بينهما بمنزلة السكوت فالحاصل انهما
يظهران التراخي في الوقوع دون التعليق وابو حنيفة اظهره في التعليق ولو
قدم الشرط فقال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلقت الاولى
بالدخول ووقعت الثانيه ولغت الثالثه عنده وعندهما يتوقف الكل على وجود
الشرط فيقع واحده عند وجوده بناء على ما ذكرناه من الاصلين ولهذا في الواو

اذا تقدم الشرط اشبها الجمع المطلق فيقع جملة كما اذا نص عليه بلفظ التثنية والجمع
او اخر الشرط وهو اجماع ولابي حنيفة ان المعلق بالشرط كالملفوظ عقيبه
فتبين بالاولى وهذا لان الواو يحتمل القران والترتيب فلا تقع الزوايد بالشك
قوله واما الضرب الثاني وهو الكنايات فلا يقع بها الطلاق الا بالنية
او بدلالة الحال فانها تستعمل في الطلاق وغيره ليست نصًا في الطلاق
ولا صريحة ولان ظاهره فيه فلا بد من ارادة الطلاق بها وبه قال الشافعي
واخرون وفي الانوار قال ابو عمر بن عبد البر البتة والسلة والحرام والخلية
والبرية ثلث بعد الدخول من غير نية قال ابو الوليد ولا خلاف في المذهب
ان البتة والباينة والخلية والثلث والبرية ثلث بغير نية عند مالك وعند
ابن حنبل وعند ابن حنبل الكناية تنقسم الى جلية وخفية وهي عبارة الشا
فعية وعند المالكية تنقسم الى ظاهرة ومحتملة هذه عبارة تهذيب الظاهر تقع
بها الثلاث من غير نية في المدخول بها كما ذكرنا وفي المغني المنصوص عليها عشر
على ما نذكر بعد ففيها عن احمد روايتان احداهما ثلث والثانية يرجع فيها
الى ما نوى وان لم ينو شيا فواحدة وعندنا لا بد من النية او دلالة الحال
كالغضب وذكر الطلاق وفي الكتاب فلا بد من التعيين او دلالته بمعنى دلالة
اللفظ على الطلاق وعند الظاهرية لا يقع الطلاق الا باحد ثلثة الفاظ الطلاق
والفراق والسراح ولا يقع بشيء من الكنايات ذكر ذلك في المحلى في شرح المجلى وقد
قال الشافعي لا اعتبار بالدلالة ولا بد من النية وسواء في ذلك حالة الغضب
وذكر سوال الطلاق وغير ذلك وفي المغني قال الخرقي اذا اتى بالكناية في حال الغضب
فلو طالق بغير نية وكذا في حال سوال الطلاق وذكر ابو بكر القاضي وابو الخطاب
الحنبليون في ذلك روايتان احداهما كقول الشافعي وقال في البسيط الغضب
والمنازعة وسوال الطلاق ساقطة في الامر غير معينة للطلاق وفي الكنايات
خلافا لابي حنيفة وابن حنبل قال امام الحرمين الرجل يختار في جميع احواله وليس
تبعد ان يعني غير ما اظهرنا ولكن يختلف ولعامة اهل العلم ان حالة الغضب
وسوال الطلاق يغلبان على الظن ارادة الطلاق فيقوم هذه العبارة مقام النية
لقوتها بل هي ادل على الطلاق من النية فانها باطنة وحالة الغضب وسوال الطلاق
ظاهرة فكانت معينة من النية وقد عرف في الجامع ان دلالة الحال بدلالة المقال
الا ترى ان المولى اذا قال لعبده استقيني ما فيكون امرا ومن العبد يكون التماسا
ودعا والصيغة واحدة وهي صيغة الامر وهذا لان دلالة الحال تغير حكم الاقوال

والافعال

والافعال وتخصيصه فان من قال لرجل يا عفيف في حال تعظيمه كان مدحا له وثنا
عليه وان قاله في حال شتمه وتنقصه كان قدحا فيه وذما له ولو قال قوم لا
يغدرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل ولو قال ري او في ذمة منهم
في حال المدح كان مدحا بليغا كما قال حسان بن ثابت في مدح النبي صلى الله عليه وسلم

فما حملت من ناقة فوق رحلها ... ابر واوفى ذمة من محمد

ولو قاله في حالة الغضب والتشبه كان هجا قبيحا كقول النجاشي

قبيلة لا يغدرون بذمة ... ولا يظلمون الناس حبة خردل

وقال اخر

كان ربي لم يخلق لخشيته ... سواهم من جميع الناس انسانا

وهذا في هذا الموضع هجا قبيح وذم صريح وحكي عن حسان انه قال ما اراه الا
قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان ذلك من احسن المدح
وفي الافعال لو ان رجلا سل سيفه وقصد انسانا والحال يدل على المزح
واللعب يجوز قتله ولا يجوز ان يقال قد يكون سل سيفه واظهر المزح وفي
الباطن قصد قتله ولو دلت الحال على الجد جاز وقوعه والغضب هنا يوضح
ارادة الطلاق فيقوم مقام النية وكذلك حال سوالها الطلاق او سوال
غيرها في حال الغضب ولا يحتاج فيها الى النية وسوال الطلاق اقوى في
ارادته من حال الغضب وفي رواية ابي الحارث لو قال لم ارد بها الطلاق
صدق في حال الغضب دون سوال الطلاق وفرق بين حال الغضب وبين
كونه جوابا لسوال الطلاق وذلك لان الجواب ينصرف الى السوال الا ترى
انه لو قال لي عليك دينار فقال نعم او صدقت لم يقبل منه تفسير بغير الاقرار
لان نعم جواب فكانه قال نعم لك علي دينار وقول امام الحرمين الرجل يختار
ولا يبعد ان يعني غير ما اظهرنا اه هذا وهم بعيد ولا يجوز ترك الامور
الظاهرة بالاوهام ان الموهوم لا يعارض المحقق ولا الراجح ومنعهم وقوع
الطلاق بالكناية عند سوال الطلاق تحكم وفي المبسوط يقول على القران
في الشهادة على الرضاع قال وهي على ضربين رجعي وباين ومنها ثلاثة الفاظ
يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وهو قول الشعبي وفي البدايع
القياس في اعتدي ان تكون باينة هكذا روي عن ابي حنيفة وابي يوسف
وفي هذا الوتر وجهي لو نوى الطلاق او الثلث يقع وكذا سمي وترك لحديث جابر
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لسودة بنت زمعة اعتدي فجعلت

يومها لعايشة رضي الله عنها فراجعها ورد عليها يومها وفي المغني قال
ابن قدامة قال عليه السلام لسوده بنت زمعه اعتدي فجعلها تطليقة
قال ابو محمد بن حزم هذا كذب موضوع ما طلقها رسول الله صلى الله عليه
وسلم قط لكنها لما اسنت وهبت يومها وليلتها لعايشة وفي المنافع
حقيقة الامر بالحساب افتعال من العد للعدد فيحتمل ان يكون مراده
اعتدي نعم الله عليك او نعمي عليك او اعتدي من النكاح فاذا نوى الطلاق
صح بعد الدخول اقتضى لان معناه طلقتك فاعتدي وقبل الدخول لا
تجب العده لكن اذا نوى الطلاق يجعل استعارة لان العدة مسببة
عن الطلاق فاستعير لسببه ومثله في البدايع وفي المبسوط اذا قال
لها اعتدي يقع الطلاق قبل الدخول ولم تجب العده لانه يصير
الطلاق عند نيته **وقوله** واستبري رحمك تصريح بما هو المقصود من
وجوب العدة وهو الاشبه والتعرف عن براة الرحم ويحتمل الامر بالاستبرا
لتطليقها بعد ذلك فلا بد من النية ولان الاستبرا يحتمل الاستبرا منه ومن
غيره حتى لو قال استبري مني يقع الطلاق بالاتفاق على ما قالوا واما
الثالثه وهي انت واحده يحتمل عند قومك او واحدة نسا العالم في الحسن
والجمال او في قبح الوجه ورداة الطباع في المضار او واحده عندي
ويحتمل ان يكون صفة لمصدر محذوف وهو الطلقه وقد حذف الموصوف
وبقية الصفه فاذا نوى كان الواقع هو الموصوف وهو صريح فيكون
رجعيا لهذا والتنصيص على الواحده ينفي صحة نية الثلاث وقوله
لان قوله انت طالق فيها يقتضي او مضمر ولو كان مقتضى لا يقع به الا
واحدة لانه نعت فرد على ما مر وكذا طلقتك وفي قوله واحده ان
صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحده ينافي الثلاث بل
المصدر الذي يحتمل الثلاث هو المصدر المذكور دون المحدود ولا معتبر
باعراب الواحده عند المشايخ وقال بعضهم ان نصب واحده وقعت
بغير نية ولو رفعها لم يقع شي وان وقف بغير اعراب فنيه الكلام
لان الاول صفة لمصدر محذوف اي انت طالق واحدة والثاني الواحده
خبر عنها فلا يقع شي والصحيح ان الكل مفتقر الى النيه لان القاضي لا يميز
بين وجوه الاعراب وفي الجامع قال انت طالق له او بايته او سيبه
في دخولك الدار يتعلق وبعضهم يميز في الجميع باعرابه لانها صفة

الطلاق

الطلاق هذا ان كانت بالنصب ظاهر وبالرفع خبر بعد خبر وهو على ما ذكرنا
وفي شرح الاستيجابي وجوامع الفقه هي كنايات ومدلولات وفي الينابيع
هي ثلاث كنايات ومدلولات وتفويضات اما الكنايات فقوله انت باين
وبته وخليه وبريه وحرام وما الحق بها القاضي ابو يوسف في رواية
الطحاوي وهو اربعه ذكرها السرخسي في المبسوط وقاضيخان في الجامع
الصغير واخرون وهي لا سبيل لي عليك لا ملك لي عليك خليت سبيلك
فارقتك ولا رواية في خرجت من ملكي قالوا هو بمنزلة خليت سبيلك
وفي الينابيع والحق ابو يوسف بالخمسة ستة اخرى وهي الاربعة المتقدمة
وزاد فيها الحقي باهلك قلت وينبغي ان يزاد فيها انت سليه ولا سلطان
لي عليك فتصير ثلث عشر كلمة واما المدلولات فمثل قومي واذهبي
واخرجي وتقنعي واستبري وانطلقي وانتقلي واعزلي وابتغي الازواج
لا نكاح بيني وبينك وحبلك على غاربك ووهبتك لاهلك وانا بري من نكاحك
وما انا بزوج لك او بنت مني ولو قال فسخت نكاحك او النكاح الذي بيني
وبينك وانا بري من نكاحك او نجوت مني او تخلصت او تركت لك طلاقك
او خليت طلاقك او سبيل طلاقك يقع بالنية وفي التكمله قال لها تجهزي
ونوى به الطلاق كانت طلقه باينه ان لم ينو ثلاثا وفي المغني ان قال
انا بري من نكاحك يقع واطلق في الكتاب وهو محمول على النيه ولو قال
ابتدا وهبت لك طلاقك او تصدقت به بالنيه عند ابي حنيفه وقال
ابو يوسف هو تمليك وان نوى بها تمليكا كان تمليكا بلا خلاف وفي الذخيره
عن ابي يوسف اذا قال لها وهبتك لاهلك او لابويك او لابنك او للازواج
فهي طالق بالنية وان قال وهبتك لاختك او لعمتك او لخالتك او ما اشبه
ذلك فليس بطلاق وان نواه ولا يشترط القول لوقوع الطلاق عندنا
وذكر الفرق بين المسلتين في فروق الكرابيسي وهو ان الهبه من الاهل
او الابوين يردها اليهم وهو مقتضى الطلاق في العرف والعاده لقوله
الحقي باهلك وليس كذلك الاخت والعمة والخالة لعدم جري العادة
بذلك فلم يكن طلاقا ولو قال اذهبي الى مرة ونوى الطلاق فثلث ولو قال
خذي طلاقك فقالت اخذت يقع وكذا اخرجي ان شيت ونوى قال شيت
يقع ولو قال تزوجي وحلي للازواج فهو اقرار بالثلاث واما التفويضات
فقوله امرك بيدك واختاري وطلاقك بيدك والطلاق اليك بخلاف الطلاق

منك فانه كناية يقع بالنية وفي البدايع اوانت طالق ان شئت اوطلقي نفسك
وفي شرح الاسبيجابي وجوامع الفقه للعتابي الحق بالكنايات امرك بيدك
واختاري واعتدي واستبري رحمك وجعلها ثمانية وتاتي في باب تفويض
الطلاق ولو قال لم اتزوجك اولم تكوني لي بامراة اوقال مالي امراة ونوى
لايقع قال لان ما تستعمل للماضي وهو كذب ذكره في المبسوط وكذا لو
قال الك امراة فقال لا لم يقع واجمعوا على انه لو قال لم اتزوجك اولم يكن
بيننا نكاح لايقع وان نوى ولو قال لا نكاح بيننا يقع اذا نوى ذكره
المرغيناني ولو قال لم يبق بيني وبينك شي ونوى لا يقع وفي الفتاوى
لم يبق شي بيني وبينك قحرك ونوى يقع ولو قال لها اعرتك طلاقك
او انا بري من طلاقك اوبريت اليك من طلاقك الاصح انه يقع بالنية
وفي المرغيناني قال اعرتك طلاقك صار بيدها وعن ابي يوسف يقع
وعن محمد لا ولو قال بعتك طلاقك فقالت اشتريت يقع رجعيا وبه
قال مالك وقال الثوري وابن حنبل واسحق لا يقع ونحن نقول يعتبر
بالهبة ولو قال اخذت طلاقك لا يقع وان نوى وبجملك بائن وكذا
بعت نفسك وفي المرغيناني ايضا انت طالق وانت يقع ثنتان وفي
الفتاوى واحدة وفي قنية المنية قال في فتاوى العصريات حرام
وقال ما نويت به الطلاق لم يصدق وليس للمفتي ولا للقاضي ان يفتي
ويحكم على ظاهر المذهب ويترك العرف قال انت حرام او انت علي
حرام يقع الطلاق البائن من غير نية وقال محمد الايمة لا يحتاج فيه
الى ذكر كلمة علي وهكذا في شرح السرخسي ولو زوج امراته من
غيره نسبة لايكون طلاقا قاله ابو حامد وغيره وقال ابو جعفر الهند
واني يقع ان نواه اراد ان يطلقها فقالت هب لي طلاقي فقال وهبت
لايقع ولو قال اربع طرق مفتوحة لايقع وان نوى ما لم يقل خذي اي او
اذهبي من ايها شيت قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها
الطلاق كانت واحدة باينة يعبر بها عن الثلاث المذكور في اول
الضرب الثاني وكذا ان نوى ثنتين خلافا لبقية الايمة مع زفر وان
نوى ثلاثا وهو اجماع الا في اختاري على ما ياتي وهذا مثل قوله انت
باين وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية
وبرية ووهبتك لاهلك وان لم يقبلوا ذكره في الذخيرة وسرحتك

وفا

وفارقتك وهما صريحان عند الشافعي وامرك بيدك وانت حرة تقنعي وتخمري
واستبري واعزلي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل
الطلاق وغيره اما البائن فلانه يحتمل وجوها البينونة عن وصلة
النكاح والعاصي وفعل الخيرات وبائن مني نسبا وشخصا فكذا البتة
لانها عبارة عن القطع عن الخير او النكاح اوعن الوالدين والبتلة
كالبتة والبت والبتل القطع ومنه قيل لمريم البتول لانقطاعها عن
النكاح بالكلية ومنه قوله تعالى وتبتل اليه تبتيلا والمصدر من غير
لفظ الفعل كقولهم قعد جلوسا وتبتل من تبتل الخماسي وبالزيادة
والتبتل من تبتل الرباعي بالتضعيف اي انقطع اليه عن العلايق الشاغلة
وحبلك على غاربك شبه عن التخلية لانهم كانوا اذا ارسلوا الابل في الرعي
يجعلون حبالها على غاربها ويخلون سبيلها وهو كالخلية والغارب
بين السنام والعنق وقال ابو بكر ابن ابي شيبة والغارب اسفل السنام
وهو ما انحدر من العنق وكانت الجاهلية يعملون هذا اللفظ في الطلاق
وفي الرافعي الغارب ما تقدم من الظهر وارتفع من العنق وقال هو
اعلى السنام وهما متقاربان انتهى تفسيره وفي المجمل لابن فارس الغارب
ما بين العنق والسنام وفي امثالهم حبلك على غاربك اي اذهبي حيث
شيت واصله في الناقة والحقي باهلك اي يسيره اهلك حتى تلحقي بهم وهو
من علم وفتح الهمزة وكسر الحا خطا ويحتمل الطلاق ايضا وخلية وبرية
فالخلية تحتمل الخلو عن الخير والخلو عن قيد النكاح وخلية عن المحامد
ومحسن الصفات وبرية كذلك وبتة وبتلة من كل زهد وورع والخلو
لايستدعي سابقة الشغل ومحلها فحمل عليه وبرية مضمون في الاصل
قالوا هو يستدعي سابقة الشغل اخذ وهما من براة الدين ومنه المباراة
وهو ان يبري كل واحد صاحبه مما عليه ومن البر الذي سبقه المرض
والعلة وذلك ملازم بدليل قوله تعالى ان الله بري من المشركين ورسوله
اني بري منكم انني بري مما تعبدون فبراه الله مما قالوا ووهبتك لاهلك عفوت
عنك لاجل اهلك وعدت بنفسها باعتبار لفظها ويحتمل الطلاق الذي
ملكه في الحال خلاف الرجعي وسرحتك وفارقتك يحتمل تسريح الطلاق وقد
تقدما وجوها في الاحتمال فيهما وانت حرة عن حقيقة الرق او رق النكاح
فعلى الاول لايكون طلاقا وتقنعي وتخمري واستبري عن الاجانب حتى لاين ولاوقع

لانك حرمت علي واعزبي مثل اخرجي لتزوري اهلك او لاني قد ابنتك ومعناه
التباعد عني وري عن العدوية **قوله** وابتغي الازواج هذا قبل
الدخول ظاهر وبعد الدخول لاجل طلب الازواج لصاحبتي تنقضي عدتها
لكن قد مكنتك منه ازحل لك او اطلبي النسا لان الزوج يشترك فيه المراة
والرجل وفي المراة اكثر والزوجة قليلة قال الا ان يكون في مذاكرة الطلاق
ولا يقع فيما بينه وبين الله الا بالنية قال صاحب الكتاب سوى بين هذه الالفاظ
يعني في الجامع الصغير وقال لا يصدق في القضا في حال مذاكرة الطلاق
ايضا كما لو نواه قال الواهد انها لا يصلح ردا وفي الحواشي قوله هذا فيما لا يصلح
ردا يعني وقوع الطلاق قضا عند مذاكرة الطلاق بدون النية لينزع على
عمومه في هذه الالفاظ تختص بما لا يصلح ردا منها والجملة في ذلك ان الاحوال
ثلث حال مطلقة عن مذاكرة الطلاق وانقضت وهي حال الرضا وحال
مذاكرة الطلاق وحال الغضب والكنايات ثلاثة اقسام ما يصلح جوابا اي
طلاقا وردا اي تركا للكلام يعني اترك هذا الكلام واشتغل بغيره وما
يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون
شيا منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لان الاصل عدمها
ولانها لا تعرف الا من جهته الا ان يكون عليها دليل وفي حال مذاكرة
الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا للقضا مثل خلية برية
باين حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان مثل خلية برية باين الظاهر
ارادة الطلاق عند سواله ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي
اذهبي قومي تقنعي تخمري استتري ونحوها لان احتمال ذلك الرد عارض الجواب
فلا يقع بالشك والاحتمال لجمال ردا وفي كل موضع كان فيه القول قوله يحلف
على عدم نية الطلاق وفي حال الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد
او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي
اختاري امرك بيدك فانه لا يصدق فيها في ترك ارادة الطلاق لان الغضب
يدل على ارادته وعن ابي يوسف انه الحق بتلك الخمسة اربعة اخرى لا
ملك لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وهكذا في قاضيخان لاحتمال
السب ولا رواية في خرجت من ملكي قال الواهد بمنزلة خليت سبيلك وفي
الينابيع عن ابي يوسف انه الحق بهذه الخمسة ستة اخرى خليت سبيلك
ولا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وفارقتك وخالعتك والحقي باهلك وهذه

الالفاظ

وهذه الالفاظ وان كانت لا تصلح للرد ولكنها تصلح للسب والشتيمة لان خلية
يحتمل الخلو عن الخير وهي الحرو الصلاح كما يحتمل الطلاق وبرية من
الاسلام وباينة من المروة وبتة منها ومن الدين وحرام يحتمل حرمة
الصحبة والاجتماع لسوء خلقها ويراد بالحرام النجس ايضا وخليت سبيلك
وما انت عليه ولا ملك لي عليك انت اخل من ذلك او كان لا ملك لي عليك لسلا
طتك ولا سبيل لي عليك اي على طلاقك او عليك لتمردك وخالعتك وفارقتك
حتى لا تشاورني والسلطان كالسبيل والمنة كالملك وفي المبسوط الا
احوال ثلث مذاكرة الطلاق وعقيب رضى ففي الاول لا يصدق في القضا في
شي من الالفاظ للجواب خلافا للشافعي وقد قدمناه في حال الغضب لا
يصدق في ثلاثة الفاظ اعتدي اختاري امرك بيدك لانها لا تحتمل
السب والرد في خمسة الفاظ يصدق في القضا كما تقدم لاحتمالها
السب والحق ابو يوسف بها اربعة اخرى كما تقدم وذكر في التحفة
انه لا يصدق في القضا في اربعة الفاظ في الاحوال كلها وهي امرك بيدك
واختاري واعتدي واستبري رحمك قال لان هذه الالفاظ لا تصلح
للشتم ولا للبعد فالظاهر منها الطلاق وفي الفتاوى وعامة الكتب
يصدق في الكل انه ما نوى في حال الرضى كما ذكر في الكتاب وسلمنا انها
لا تصلح في الشتم ولا للبعد ولكنها صريحة في الطلاق فلا بد من النية او
ما يقوم مقامها في ارادة الطلاق وفي المنافع في حالة الرضى لا يكون شي
من الايام طلاقا بالنية وفي حال مذاكرة الطلاق وهي اذا سالت طلاقها الا
يجعل طلاقا وما يصلح جوابا ولا يصلح ردا يجعل طلاقا للقرينة سوال طلاقها
وهي اقوى من نيته والقسم الثالث وهو ما يصلح جوابا وسبا وشتيمة
يجعل طلاقا ايضا وفي حال الغضب وهي الحالة الثالثة بعد حال الرضى
ومذاكرة الطلاق يصدق في الاقسام الثلاثة لانها لا يصلح جوابا الا غير
فانه لا يصدق في قوله لم ارد به الطلاق وهو القسم الثاني والقسم الاول
وهو الذي يصلح جوابا وردا لا سبا وشبهه سبعة اخرجي اذهبي اعزبي قومي
تقنعي تخمري واستبري والقسم الثاني ما يصلح جوابا لا غير اي لا يصلح ردا ولا
سبا امرك بيدك اختاري اعتدي ثلاثة الفاظ كما ذكر في الكتاب وكذا في
الجامع الصغير لقاضيخان والقسم الثالث وهو ما يصلح جوابا وشتيمة
لا ردا خمسة خلية برية باين بتة حرام وقد تقدمت هذه الالفاظ وفي

المنافع قوله الا في حال مذاكرة الطلاق فيه اشتباه لان ما يصلح جوابا لا
ورد الا يجعل طلاقا وانما يستقيم ذلك في القسمين الاخيرين احدهما ما يصلح جوابا
لا ردا والاخر ما يصلح جوابا وسبا قال وقوله وقع الطلاق بكل
لفظ لا يقصد به السب والشتيمة فيه اشتباه ايضا لانه لا يقع فيما
يصلح جوابا او ردا وفي شرح نصر البغدادي في القسم الثالث يدين في القضا
في حالة الغضب ومذاكرة الطلاق في اعزبي واخرجي واذهبي وقومي
وتقنعي واستبري وتخمري بما ذكرنا وبما ذكر في الشرح المذكور قوله
وقع الطلاق بكل لفظ لا يقصد به السب غير مستقيم على الاطلاق فينبغي
ان يعلل لا يقصد به ولا يصلح للرد وقوله فان كان اللفظ لا يصلح للسب
والشتيمة تعين الطلاق فيه كلام ايضا لان ما يصلح جوابا وردا لا يصلح
للسب والشتيمة على ما تقدم ولم يتعين الطلاق لان حال الغضب
تحتمل الطلاق والرد معا فلم يجعل جوابا بالشك الا ان يراد فيه ولا يصلح
للرد ذكر المواخذات على صاحب المنافع وبعضها يرد على صاحب الكتاب
ايضا فاستحسنت ذكر الكل تحسين بعهده ونفوده وفي الولوالجي عشرة
الفاظ لا يصدق فيها في ترك ارادة الطلاق في القضا في حال مذاكرة
وهي حرام خلية برية بتة باين اعتدي استبري رحمك انت واحدة
امرك بيدك اختاري قلت وكذا ابتله فكانت احد عشر لفظا ويصدق
فيما عداها لان هذه الالفاظ صالحة للجواب وخمسة الفاظ لا يصدق
فيها في عدم ارادة الطلاق في حال الغضب وهي استبري اعتدي وانت
واحدة وامرك بيدك واختاري ويصدق فيما عداها وقد الحق ابو يوسف
بالخمسة اربعة اخرى وقد ذكرناها في حال الرضى يصدق في الكل انه
لم ينو الطلاق في القضاء وغيره وفي المغني المنصوص عليه عشرة للحقي
باهلك وحبلك على غاربك وانت علي حرام واذهبي فتزوجي من شئت
وغطي شعرك وانت حرة وقد اعتقتك ولا سبيل لي عليك وانت علي حرج
والضرب الثاني يقيس على هذه العشرة وهو استبري رحمك وحللت
للازواج وتقنعي ولا سلطان لي عليك فهي في معنى المنصوص ثم قال والصحيح
ان قوله الحقي باهلك لا يكون ثلاثا قلت ينبغي ان يكون بقية الكنايات كذلك
بالقياس وهو ممن يرى القياس وهنا صار ظاهرا محضا وكذا اعتدي واستبري
رحمك قال ابن قدامة في المغني قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسوده

بنت

بنت زمعه اعتدي فجعلها تطليقة وقد ذكرنا انه لا صحة له وفي المغني وهبتك
لاهلك ان قبلوها بعد الدخول يقع واحدة رجعية وان لم يقبلوها فلا شي هذا
هو المنصوص عن احمد وقال ربيعة ومالك ويحيى ابن سعيد وابي الزناد هي ثلاث
قبلوها او ردوها وعندنا هي كساير الكنايات قبلوها ام لا او ردوها وبه
قال الشافعي وقال علي رضي الله عنه ان قبلوها فواحده باينه والا فرجعيه ومثله
عن النخعي وابن حنبل والاول مروي عن ابن مسعود وعطا ومسروق والزهري
ومكحول والدليل على عدم اشتراط القبول انها كناية عن الطلاق وتحتمل
غيره فلا يتوقف على القبول كساير الكنايات فصارت كالصريح وهذا لان
حقيقة الهبة لغو فيها اذ هبة المراة الحرة باطله فلا يشترط فيها ما
يشترط في الهبة ولهذا لا يشترط القبض بالاجماع والهبة لا يفيد الملك
بدون القبض وقالت الحنابله هي تمليك للبضع فيفتقر الى القبول كقوله
اختاري وامرك بيدك وقياسهم فاسد لاختلاف حكمهما لان في اختاري
وامرك بيدك لو قالت قبلت لا يقع شي حتى يوقع وفي وهبتك لاهلك اذا
قبلوها يقع من غير ايقاع ثم فرعوا على الفاسد القاضي منهم ينبغي ان
تشترط النية من القابل كما تشترط من الواهب وكما يشترط في اخبار
الزوجة والكنايات تفتقر الى النية عند الايمة الثلاثة وقال مالك لا
يفتقر الى النية في الكنايات الظاهرة وكذا امرك بيدك واختاري وفي
الانوار عند مالك الخليه والبريه والحرام ثلث بعد الدخول وقال
ابو الوليد لا خلاف في المذهب ان البته والباينه والخليه والبريه
ثلث بغير نية وفي التمهيد قال ابو عمر للعلما في الحرام احد عشر قولا
اشدها قول مالك انه ثلاث ولا يسال عن نيته في المدخول بها وفي المحلى
واكثر اصحابه على انه ثلاث الا ان ينوي واحدة وقال ابن الماجشون
ثلث في غير المدخول بها ايضا وقال عبد العزيز ابن ابي سلمة هو واحدة
الا ان ينوي ثلاثا قال ابو محمد ابن محمد بن حزم تفرقة مالك بين المدخول
بها وغيرها ما لم يقله احد قبله وقال عامر الشعبي زعم اناس ان عليا
حرمها حتى تنكح غيره والله ما قاله علي قط وفي المغني وخليه وبريه
وبته وباين وحبلك على غاربك والحقي باهلك الظاهر انها ثلث عند
احمد وحكى ابن ابي موسى ان فيها روايتين والثانية يرجع فيها الى ما
نوى واختارها ابو الخطاب فان لم ينو يقع واحده رجعيه وعن علي

وابن عمر وزيد بن ثابت انها ثلث وعن ابن عباس وابي هريرة وعايشة ان البتة
قبل الدخول ثلث ورواه البخاري عن ابن عمر باسناده انه يجعل البتة واحدة
ثم جعلها ثلاثا وعن ليث بن سعد والاوزاعي ان خلية وبرية وبتة وباينة
ثلث في المدخول بها وغيرها وقال ابن قدامة في المغني الصحيح ان الحقي
باهلك واحدة ولا يكون ثلثا وقد ذكرنا عنه انه قال الظاهر انه ثلث
والقول الثاني في الحرام قول الزهري هو على ما نوى وعند عدم النية
يقع واحدة والقول الثالث هو على ما نوى وان نوى واحدة فهي
باينة وان نوى يمينا كفر وان لم ينو طلاقا ولا يمينا فلا شي قاله الثوري
والقول الرابع ان نوى واحدة او ثنتين فواحدة باينة وان نوى ثلاث
فثلاث وان نوى ظهارا فكذلك وان قال اردت الكذب فكما قال وان لم
يكن له نية فهي يمين ويصير بها موليا قال هذا هو المذكور في كتب
محمد رحمه الله وبه قال حماد والثوري ومشايخنا افتوا بوقوع الطلاق
البائن فيه من غير النية للعرف وقد ذكرنا قبل هذا انه ليس للمفتي
ان يفتي بظاهر المذهب ولا للحاكم ان يحكم به ويترك العرف هكذا
في فتاوى العصر ذكره في قنية المنية والقول الخامس انه ان نوى
به واحدة فهي واحدة وان نوى به ثنتان فثنتان وان نوى ثلثا
فثلاث وان لم يكن له نية فهو يمين ولا يصير به موليا ان لم يرد تحريمها
قاله الشافعي والقول السادس هو على ما نوى فان نوى واحدة فهي
باينة وان نوى ثنتين فثلثتان قاله زفر والقول السابع قاله اسحق
انه ظهار والقول الثامن هو يمين قاله جماعة من التابعين وقال
ابن المنذر في الاشراف هو قول ابي بكر وعمر وابن عباس وعايشة وقد
ذكرنا عنهم خلافه على ما ذكره ابو عمر بن عبد البر وبه قال ابن المسيب
وابن جبير والحسن وطاوس وعطا والقول التاسع ان تحريم الحلال
ليس بشي قاله جماعة منهم مسروق وابن الاجدع وابو سلمة والشعبي
والقول العاشر انه طلقة باينة من غير نية اذا لم ينو الثلاث وروي الاعمش
عن ابراهيم انه قال ادناه واحدة باينة وفي التمهيد قال ابن عباس وابن جبير
وابو قلابة ووهب بن منبه هو بمنزلة الظهار كفارته عتق رقبة فعلى
هذا يكون فيه احد عشر قولا لاهل العلم وعن ابن عباس ان قوله تعالى لم تحرم
ما احل الله لك انما هو في قوله لا اشرب العسل بعدها وعليه يدل قوله تعالى

قد

قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم قال ابو عمر الحجة لمالك اجماع العلما على ان من طلق
امراته ثلاثا انها تحرم عليه فلما كان الثلاث تحريما كان التحريم ثلاثا باطل
لانه ليس بكل وانما هو انه لو قال لها ان الثلاث تحريمها وكل تحريم ثلاث
فحينئذ يمنع ان يكون كل تحريم ثلاث والثلاث تحريم مغلظ وهو تحريم خاص
والتحريم تحته نوعان مغلظ وهو الثلاث وغير مغلظ وهو المطلقة
البائنة وعن ابن عمر في الخلية والبرية انها ثلاث وعن الزهري ان
البرية كالنية وهي ثلاث وعنه في الخلية واحدة نوى او ما نوى وقال
النخعي والثوري وعثمان البتي واحدة باينة عند نية الطلاق الا
ان ينوي ثلاثا كقولنا وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة البتة واحدة
باينة عند عمر بن الخطاب وبه قال ابان بن عثمان والزهري والكوفيون
وذكر السفاقسي عن مالك انه لو قال لا حاجة لي فيك انه ثلث قاله ابن
القاسم وابراهيم ومطرف وابن الماجشون وقال اصبغ لم ينو عددا
فلت حتى يزيد واحدا وهذا كله حكم لا حجة عليه وهو لم يقل لا حاجة
لي فيك ابدا او لعله لم يكن له فيها حاجة في ذلك الوقت فان تجددت
له فيها حاجة ردها ثم قال ابن القاسم ان من قال لامراته ما انت امراتي
ليس بشي الا ان ينوي الطلاق فيكون على ما نوى وهو ابلغ من قوله لا حاجة
لي فيك لانه لا يجوز ان تكون امراته وليس له فيها حاجة فاولى ان لا يقع
الثلاث فيها بغير نية الطلاق وعن الحسن لو قال لا حاجة لي فيك فله
نيته وان قال لها اخرجي من بيتي لست لي بامراة يقول لها ثلاثا قال
هذه واحدة وينظر ما نوى وعن ابراهيم في رجل قال لامراته قد اذنت
لك ان تتزوجي ولم ينو طلاقا فليس بشي ذكره ابو بكر ابن ابي شيبة في
مصنفه وفي البسيط الكنايات تنقسم الى خلية وخفية فالخلية
قوله انت خلية وبرية وبتة والخفية ما لا ينتظم الا باستعارة
او تقدير استعارة كقوله اعتدي استبرئي رحمك ففيه تقدير
استعارة اي طلقتك فاعتدي وقوله الحقي باهلك وحبلك على غاربك
واعزبي واذهبي وتجرعي وتجردي وتزودي وما في معناها فلا يقع به
الطلاق وان نوى كقولنا وقد ذكرناه قبل هذا وفيه خلاف مالك وقال
ابو عمر ابن عبد البر في الانوار ولم يتابع عليه مالك لان اللفظ اذا لم يصلح

يقع بمجرد النية ولا اثر له بدون اللفظ وتردد الشافعيه في اسري لاحتمال اسري كاسر الفراق فهو كقوله تجرعي وتردد وا ايضا في كلي فالحقه القاضي والعراقيون باسري وفي اغناك الله وجهان تعلقا بقوله تعالى يغن الله كلا من سعته وضابطه انه ان ظهر الاضمار فهو كنايه وان احتمل فهو مثله وان تعذر فغير تردد فروع للشافعية لو قدم النية على اللفظ او اخرعنه لم يقع شي وان طبق عليه وقع وان انقطعت النيه قبل تمام اللفظ فالظاهر انه يقع وان نوى في اثنا اللفظ واستمر في اخره فوجهان قلت الشرط وجود النية المعينه للطلاق من غير ان يتعين بالاشتغال بغيرها وما شرطوه كله تحكم ويرد على مالك قوله حديث ركانه ابن عبد يزيد انه طلق زوجته سهيمة المزنية البته فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اردت بها قال واحده قال الله قلت الله قال فهو ما اردت ثم طلقها الثانية في زمان عمر والثالثه في زمان عثمان قال ابو داود وحديث ابن ركانه هذا عن ابيه اصح من رواية الثلاث ومالك تركه واخذ بالثلاث بحكم مروان ابن الحكم وعنه حديث صحيح لكن في اسناده الزبير بن سعيد قال المنذري وقد ضعفه غير واحد والفرق عند مالك ثلث ينوي في المدخول بها وفي الانوار لو حلف بالحرام في الخليه والبريه قبل البنا وجبت بعد وقال نويت واحده يقع رجعيه والثلث في الخليه والبريه مشهوره بدهعه وروى اشهب عنه انه ينوي في المدخول بها ويحتمل روايه اشهب انها رجعيه والاظهر انها باينه وكذا لو قال خالعت امراتي او بارايتها او افتدت مني قال اصبغ وكذا لو قال صالحتها اخذ منها عوضا او لا وتحصيل مذهب مالك ان المباراه من باب الصلح والفديه والخلع وذلك كله واحده باينا عند جمهور اصحابنا ولو قال خليتك وقال لم انو به طلاقا حلف وقبل منه ولم يقبل منه في خليت سبيلك وفارقتك وسرحتك ثلث في المدخول بها حتى ينوي اقل منها وقاله محمد وقال ان لم يكن له نيه او لم يحلف قبلت وقال ابن القاسم ان قال لم ارد طلاقك نفعه في البته في اللتي لم تبن بها واحده وقاله مالك والحكم وفي فارقتك وسرحتك ان لم يرد طلاقا فله ذلك ويحلف ما لم يكن جوابا لسوالها الطلاق وان قال اردت الطلاق فروي عن محمد انه ينوي في

المدخول بها

في المدخول بها وان لم يكن له نية قبلت وفي الحقي باهلك عن مالك انه ينوي ويحلف ولو قال وهبتك لاهلك او لابيك ففي المرويه عن مالك انها واحده في المدخول بها الا ان ينوي ثلثا كقولنا قال ابن ركانه قبلها الاب او لم يقبلها وقول مالك مضطرب في المسله ذكره في الانوار وفي المغني روى حنبل عن ابن حنبل ما يدل على ان هذه الكنايات واحدة باينه اذا لم ينو ثلثا فانه قال يزيد في مهرها والذي يرد الثلث ايضا عند عدم نيتها قول النبي عليه السلام لابنه الجون الحقي باهلك متفق عليه ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا وقد انهى امته عن ذلك وفي البخاري عن عايشة رضي الله عنها ان ابنة الجون العامرية لما دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت اعوذ بالله منك فقال لها لقد عذت بعظيم ويروى بمعاذ الحقي باهلك وعن ابي اسيد قالت هل تهب الملكه نفسها للسوقه اعوذ بالله منك فقال قد عذت بمعاذ ثم خرج فقال يا ابا اسيد اكسها ازارين والحقها باهلها وعن سهل ابن سعد قال ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم امراة من العرب فامر ابا اسيد ان يرسل اليها فجا فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فاذا امراة منكسة راسها فلما كلمها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت اعوذ بالله منك قال لقد اعذتك مني قالوا اتدرين من هذا قالت لا فقالوا رسول الله صلى الله عليه وسلم جا ليخطبك قالت انا كنت اشقا من ذلك رواه مسلم قال ابن حزم هذه كلها قصة واحدة وامراة واحده ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها اصلا قال عمر ابن عبد البر في الاستيعاب اجمعوا على انه تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي اسما بنت النعمن بن الجون وقال قتاده تزوج امراة جميله من بني سليم فجات نسوة ان يقتلنهن فقلن لها قولي اعوذ بالله منك وهو يعجبه ذلك فقال ابو عبيده كلتاهما عاذتا بالله منه وفي المغني واما ما يدل على الطلاق لقوله اقعدي وقومي وكلي واشربي واطعميني واسقيني وبارك الله فيك وعليك وغفر لك وما احسنك وما اجملك وما اشبه ذلك لا يقع به الطلاق وان نوى وفي التمهيد اختلفوا في قوله وهبتك لاهلك قال النخعي فهي واحدة باينه وان لم يقبلوها فرجعية وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وفيه قول ثان ان قبلوها فواحدة رجعيه وان لم يقبلوها فليس بشي وهو قول ابن مسعود وعطا والزهري ومكحول ومسروق واحمد واسحق

وفيه قول ثالث وهو ان قبلوها فبلت وان لم يقبلوها فواحدة رجعية
ويروى ذلك عن زيد ابن ثابت وبه قال البصري والبصري مثله وسقطت
العمه في النسب وفيه قول رابع ان قبلوها او ردوها فثلث هذا قول
ربيعة الراى ويحيى بن سعيد الانصاري وابي الزناد ومالك وفيه قول
خامس وهو انه تطليقه قبلوها او ردوها قاله الاوزاعي وفيه قول
سادس وهو ما اراد من عدد الطلاق قبلوها او ردوها وان لم يرد الطلاق
وفيه قول سابع وهو قول اصحابنا وقد ذكرناه مع ساير الكنايات وفيه قول
ثامن وهو ان كان وهبها وهو ينتظر رايهم فالقضا ما قضوا وان لم يقضوا
فهو طلاق البته هذا قول الليث وفيه قول تاسع وهو من الفاظ الطلاق
ولا يقع به شي وهو قول الظاهريه وفيه قول عاشر وهو كذلك الا ان
يكون لاهل العلم فيه قول فيصار اليه قاله ابو ثور ولو قال انت حرة
او معتقة او عتيقة سوى الطلاق فقد ذكرنا في الكنايات التي تقدمت
وقال الحسن وقتادة ومالك والشافعي واسحق هي واحدة هو اخوتها
ولو قال علي انت كالميتة والدم ولحم الخنزير فهي كالحرام وقال مالك هو
كالبته على اصله ان لم يكن له نية وقال الزهري ان لم يرد الطلاق فواحده
رجعية وقال الشافعي ان لم يرد الطلاق فليس بشي وان قال انت طالق طلاق
الحرج فعن علي رضي الله عنه انه ثلاث وبه قال الحسن البصري وقال الثوري
واسحق هو على ما نوى وفي البسيط لو قال انا عبد منك او استبري رحمي
منك فقد اشتهر فيه الخلاف ولم يستحسنه ولو ادعت في الكنايات انها
كانت في غضب او في مذاكرة الطلاق وانكر فالقول قوله مع يمينه
وان قامت البينه بذلك قبلت وان قامت على نية الثلاث لم تقبل لانه لا
علم له بنيته وعلى اقراره بها تقبل وفي التمهيد عن القاسم ان رجلا كان
تحته وليده فقال لاهلها شانكم بها فراى الناس انها واحده قال
والاصل في الكنايات قوله عليه السلام للتي تزوجها فقالت له اعوذ بالله
منك قد عذت بمعاذ الحقي باهلك متفق عليه وفي البخاري بعظيم مكان
ذلك طلاقا وقد ذكرناه قبل هذا فلا يلتفت الى قول ابن حزم الظاهري
في قوله عليه السلام لم يتزوجها وقال كعب ابن مالك لامراته حين امر
رسول الله صلى الله عليه وسلم باعتزالها الحقي باهلك ولم يكن ذلك طلاقا
فدل ان الكناية مفتقرة الى النية وانه لا يقضي فيها الا بما ينوي المتكلم

بها

بها فكان ذلك حجة على مالك في ايقاع الطلاق الثلاث بغير نيه قوله
ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثه الا ولى قول اصحابنا وفي مصنف ابي بكر
ابن ابي شيبه هذا قول عمر بن الخطاب وابان بن عثمان والزهري والثوري
وقد تقدم ذلك عن احمد بن حنبل ايضا ورواية عن مالك وذكر نجم الدين
ان وقوع البائن بها قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابي موسى
وعمران بن حصين وزيد بن ثابت وقال اخرون الواقع بها رجعي الا
ان ينوي ثلاثا كما في صريح الطلاق ولا يقع البائن عند الشافعي الا قبل
الدخول او بالخلع وكذا اثنين بالثلاث وسلك الشافعيه في المسلة
مسلكا بعيدا وقالوا ان النكاح المتاكد بالمسيس مظنة الالفه والموده
فلو وقع البائن ربما حصل الندم وفيه تبغيضه وشغل باله فلا ينقطع
حق الرجعة دفعا لهذه الحاجة والضرر وقال ابن قدامة في المغني
لا يمكن ايقاع واحدة بائنه لانه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق وكذا
بكنايته وقالوا ان الطلاق الواقع بها طلاق لانها كناية عن الطلاق
حتى يشترط فيها نية الطلاق وينتقص بها عدده والطلاق بعد
الدخول اذا لم يكن خلعا ولا ثلاثا يعقب الرجعيه ولنا ان حرمة الوطي
بالتحريم ونحوه قد ثبتت بالاتفاق وذكر الابانه والتحريم صدر من اهله
في محله ولا خفا بالاهليه وكذا في المحليه لتمكنه من ذلك بالثلاث والخلع
وكذا لو شرطت عليه انه متى تزوج عليها او تسرى عليها او غاب
عنها او اخرجها من بيتها كان امرها بيدها تكون طلقه باينه وكذا
خيار المعتقة طلقه باينه وقال ابو عمر في التمهيد اجمعوا على ذلك
فيهما وكذا في مصنف ابي بكر ابن ابي شيبة وهذا لانه لم يرد بذلك نص عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختلف فيه بين السلف وما قلناه
احوط في الابضاع فيجب المصير اليه ولا شك بان الابانه ازالة ملك النكاح
من ابانة العضو من البدن او ابانة المفصل قال عليه السلام ما ابين من الحي
فهو ميت وفي قوله لا سبيل لي عليك لو وقع رجعيا كان كاذبا وان سبيله
عليها ثابت لانه يردها وحده زوجة عنده وعند ناهي زوجة يحل وطيها
وتكون رجعية فان نفي السبيل في الحال ولانها محتاجة الى ملك نفسها في
الحال فلو لم يقع عليها طلقه تملك بها نفسها لا تقع عليها الا لي الا لتملك
نفسها اما حرا او ضرب ظاهر لما فيه من سد باب التدارك عند الندم مع

ان ايقاعها جملة حرام عند اكثر اهل العلم وليست هذه الالفاظ كناية عن صريح
الطلاق بل هي عاملة بانفسها ووقوع الطلاق بها لا بالمكنى عنه عندنا وانما
افتقر وقوع الطلاق بها الى النية او الى دلالة الحال لاحتمالها غير ما
الطلاق ولان قوله لا ملك لي عليك ووهبتك لاهلك تصريح بنفي الملك
عنه في الحال والهبة تزيل الملك في الحال بشرطها والبينونة والبت
والبتل هي القطع والتحريم اثبات الحرمة في الحال لغة فيجب العمل بمقتضاها ما
ان ترك الحقيقة والنقل على خلاف الاصل ولا يصار اليها بلا دليل وكل
ذلك لا يناسب وقوع طلقة رجعية وفي المبسوط وبعض المتاخرين من
مشايخنا يسمون هذه الالفاظ كنايات وذلك مجاز لا حقيقة عندنا لانها
تعمل بانفسها في حقايق فلهذا يقع بها البائن وانما ذلك قول الشافعي
ولانه يملك الاعتياض عن البينونة وانما يملك الانسان الاعتياض عما هو
مملوك له دون غيره ولان ثبوت الرجعة للمطلق بغير رضاها على
خلاف القياس في صريح الطلاق وبالنص ولا يقاس عليه غيره وليس
التحريم والابانة في معنى الطلاق بانها توصف بعد الطلاق الرجعي
بانها مطلقة ومنكوحة لان الطلاق الرجعي يجامع النكاح ولا يوصف
بانها محرمة ومنكوحة ولا بانها مبانة ومنكوحة فاخذنا فيهما
بالقياس وقولهم ان النكاح المتاكد بالمسيس مظنة الالفة الداعية
يستقر بيد له فليتمكن من جانبها او من جانب اجنبي فانه ينقطع به
حق الرجعة اجماعا ولان الرجعة حق المطلق وقد ابطلاه بتراضيهما فوجب
ان لا يراعى ذلك بعد رضاهما باسقوطه ولو كان ما ذكروه معتبرا في
الشرع لما وقع الثلاث جملة لما فيه من فوات ما زعموا انه مصلحة من ان
ذلك مناسبة مرسلة لم يشهد الشرع باعتبارها ولا نتول عليها
والجواب عن قول الحنابلة انه لا يمكن ايقاع الواحدة البائنة لانه
لا يقدر على ذلك بالصريح فكذا بالكناية وقلد وابذلك الشافعية
وهو غلط مردود وقياسهم على الصريح باطل لان لفظ الصريح لا يقتضي
الخلع في الحال لما ذكرنا مرين فعمل ما يقتضيه اللفظ فيهما وقوله
انت حرة واعتقتك يقتضي ازالة الرق وذهابه عنها في الحال والرق
هنا قيد النكاح ولم يعملوا بها وفي التمهيد رجل قال لامراته حبلك
على غاربك وهو من اهل العراق فكتب الى عمر بذلك فكتب عمر الى عامله

ان

ان مره ان يوافيني بمكة في الموسم فبينما عمر يطوف بالبيت اذ لقيه الرجل
فسلم عليه فقال عمر من انت قال انا الرجل الذي امرت ان اجلب عليك
فقال له عمر اسالك برب هذه البنية ما اردت بقولك حبلك على غاربك
فقال الرجل لو استحلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك اردت به
الطلاق الثلاث فامضاه عليه عمر قال ابو ثور من وجوه وروي ايضا
انه امر عليا رضي الله عنه ان يستحلفه على ذلك وهو قول علي فيه ولو
كان الواقع به رجعيا لم يستبعد عليه من العراق اذ لم يسند على من قال
لامراته انت طالق بمثل ذلك وعند مالك ثلاث ولا ينوي ولا يلتفت اليه
في قوله طلاقا وكلا الطرفين مذموم وايقاع الثلاث به علو لثبوت الحرمة
الغليظة بالاحتمال مع ما فيه من مخالفة عمر وعلي كما ذكرنا واباحة الرجعة
واستباحة البضع مع مخالفة الجمهور غير مشكور وقال ابن عبد البر ناقض
الكوفيون في هذا الاصل لا يرفعون الثلث بالنية في قوله انت طالق واوقعوها
بالنية مع انهم لا يرفعون الطلاق بالنية من غير لفظ انتهى كلامه قلت
هو ظاهري ضعيف النظر في دقايق الفقه ولم نعلم انهم لم يوقعوا الثلاث
هنا بالنية المجردة وانما اوقعوها باللفظ المحتمل للثلاث لانه يفيد
الحرمة والقطع في الحال والحرمة منقطعة ومغلظة فيثبت الادنى
عند نية الطلاق والمغلظة عند نيتها ولكن لم يقف على مدركهم
وقد اوضحنا ذلك فيما تقدم فلم انا قضوا وانما يوهم التناقض لقصور فهم
زاعمه ولان قوله حبلك على غاربك يقتضي ان لا يكون طلاقا لا رجعة له
فيه لا خراره نحو وجهها عن يده وتقدم ذلك ونظايره وقوله ان الحاجة
ماسة الى اثبات البائنة كيلا ينتبذ عليه باب التدارك اي بايقاع
الثلاث وفي نسخة كي ينتبذ عليه باب للتدارك ولا يقع في عدتها وفي
نسخة في عدتها بالمراجعة من غير قصد بان نظر الى فرجها الداخل
وهي متكية من غير قصد وشرط النية لتعيين احد نوعي البينونة
يعني معنى بينونة النكاح ونفي احتمال غيرها من محتملات البينونة
الحقيقية من الغليظة وهو جواب عن قول الشافعي انها كنايات عن الطلاق
ولهذا يشترط النية فاجاب بان اشتراط النية احد نوعي البينونة من
ارادة البينونة الشرعية واخراج البينونة الحسية قوله
وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالثاني

حيضا صدق في القضا ووقعت واحدة رجعية وفي النوادر هذا استحسان والقياس
ان يكون باينة كساير الكنايات وقد تقدم وفي المبسوط والجامع الصغير لقاضي خان
هذه المسئلة على احد عشر وجها احدها ان يقول نويت شيا فلا يقع الطلاق بخلاف اختاري
اختاري اختاري على ما ياتي ان شا الله تعالى وثانيها ان يقول بالاولى الطلاق ولم انو
بالباقين شيا او قال نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم انو بالباقين شيا او قال
نويت بالكلمات كلها الطلاق ففي هذه الوجوه تطلق ثلاثا لانه لما نوى بالاولى
الطلاق فقد صار الحال مذاكرة الطلاق فاغنت عن النية والاولى رجعي فلحقه
البائن وخامسها ان يقول نويت بالاولى الطلاق وبالباقين الحيض يدين في القضا
وتقع واحدة بالاولى لا غير فكان القول بعدها اوان الاعتداد بالحيض فالظاهر
يشهد له وسادسها ان يقول نويت بالاولى والثانيه الطلاق وبالثالثه الحيض
فهو كما قال يقع ثنتان وسابعها ان يقول نويت بالاولى طلاقا ولم انو بالثالثه
شيا ونويت بالثالثه الحيض او يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثانيه الحيض ولم
انو بالثالثه شيا يقع فيهما ثنتان وثامنها ان يقول لم انو بالاولى والثانيه شيا
ونويت بالثالثه الطلاق تقع واحدة بالثالثه ولم تقع بالاولى والثانيه شي
والله اعلم وتاسعها ان يقول لم انو بالاولى شيا ونويت بالثانية طلاقا وبالثالثه
حيضا فهي طلقة واحدة وعاشرها ان يقول لم انو بالاولى شيا ونويت بالثانيه
الطلاق ولم انو بالثالثه شيا فهي ثنتان وحادي عشرها قال اعتدي وقال
نويت اعتدي طلاقا ونويت بالثلاث ثلاث حيض فهي كما قال في القضا لان بعد
وقوع الطلقة الاولى يلزمها الاعتداد بثلاث حيض كدلالة الثلاث عليها
قلت وثالث عشرها قال اعتدي اعتدي اعتدي ينوي واحدة فهي كذلك ديانه
ولا يصدق قضا لان القاضي لاحظ له من الباطن والله سبحانه وتعالى يطلع على
الظاهر والباطن ولا يسع الزوجة اذا سمعت ذلك ان تقيم معه لانها كالقاضي
وفي المبسوط قال لها اعتدي فاعتدي او اعتدي ونوى الطلاق يقع ثنتان في القضا
وعن زفر يعمل نية الواحدة في القضا وعن ابي يوسف في قوله فاعتدي او فاعتدي
كذلك لاختلاف الواو والفا لان الفا للوصل فيكون معناه فاعتدي بذلك للايقاع والواو
للعطف فكان الثاني غير الاول ووجه ظاهر الرواية لو قال انت طالق وطالق
او طالق فطالق او طالق طالق كان الواقع ثنتين فكذا اعتدي مع النيه فانه
كالصريح والفا للعطف كالواو الا في الترتيب لانها تستعمل للتفسير فان تعذر
فللسببيه فان تعذر كانت عاطفه وقد تعذر الاولان اما التفسير فلان المبهم

لا

لا يفسر مثله وكذا السببيه لان الشي لا يكون سببا لنفسه فتعين العطف هكذا في
الزيادات وفي الاشراف ومصنف ابي بكر بن ابي شيبة ان اعتدي طلقة عند ابن
مسعود وعطا ومكحول والنخعي والاوزاعي وقال ابو حنيفه واحدة رجعية
اذا نوى الطلاق وبه قال الشعبي والثوري وابن حنبل وقال الحسن والشا
فعي هو على ما نوى الا ان يقول لم انو شيا فاراه واحده وان قال اعتدي اعتدي
اعتدي قال قتادة ثلث وبه قال الحسن والشعبي وقال حماد والحكم هي واحده
ولو قال انت طالق فاعتدي تقع واحده رجعية وان قال واعتدي فثنتان عندنا
وقال ابو بكر ابن ابي شيبه قال حماد والاوزاعي وابو حنيفه والشافعي وابو
عبيد رجعية وينوي في اعتدي ونقله عن ابي حنيفه غلط وكيف يكون
في قوله انت طالق واعتدي بالواو واحده مع نية الطلاق في اعتدي وحاله
مذاكرة الطلاق والواو للعطف والمعطوف غير المعطوف عليه ولا يصلح
للتفسير ولا للتعليل مع ان الصريح مفسر وتفسير المفسر محال وفي كل موضع
يصدق الزوج على نفي النيه انما يصدق مع يمينه لانه في ذلك امين والقول
قول الامين

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

قوله واذا قال الرجل لامراته
اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها
ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل اخر خرج الامر من يدها
قال ابو عيسى الترمذي اختلف اهل العلم في الاختيار فروي عن عمر بن الخطاب وابن
مسعود رضي الله عنهما ان اختارت نفسها طلقه باينه وكذا عن علي رضي الله
عنه انه واحدة باينه لكن ان اختارت زوجها فواحدة رجعيه ومثله
عن زيد بن ثابت الا انه قال ان اختارت نفسها فثلث وعنه واحده باينه
وردته عايشه رضي الله عنها فقالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاخترناه اوكان ذلك طلاقا قال حديث حسن صحيح رواه الجماعة وفي مسلم
ولم يكن طلاقا قال الترمذي وذهب اكثر اهل العلم الى قول عمر وابن مسعود وهم
من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من اهل العلم والفقه وهو قول
الثوري والكوفيين وبه قال احمد واسحق وابو عبيد وابو ثور فان طلقت
نفسها ثلاثا فليس للزوج ان ينكر ذلك عند مالك واكثر اصحابه وقال ابن الجهم
وسحنون له ذلك قال قال سحنون اكثر اصحابنا يقولون طلقه باينه وحكي مثله
عن مالك وعنه ان اختارت دون الثلاث فليس بشي وهو ابطال لحقها وفي

المدونة اختيارها دون الثلاث اختيار للثلاث هكذا ذكره عبد الملك ومشهور
مذهبه انه ثلاث وقال عطاء ومن اختيارها نفسها ليس بطلاق لان الطلاق
لا يكون الى النساء وقال سحنون واحدة رجعية وبه قال الشافعي وقال
ربيعة بن عبد الرحمن يقع الطلاق بغير ايقاع منها كما لو قال انت بائن
ورده بخبر النبي عليه السلام وقال ابو محمد السفاقسي خير رسول الله صلى
الله عليه وسلم نساءه فاختارت ابنة الضحاك العامرية نفسها فكان ذلك
البتات ولم يقع على من اخترته طلاق وهذا لم يثبت وفي المغني ان اختارت
فهو واحدة بائنة يروى ذلك عن علي وزيد بن ثابت والحسن والليث
وكذا لو اختارت نفسها وان نفس الخيار طلقة بائنة فكيف ما اختارت
وحكى الخطابي والنقاش مثله عن مالك ولا يصح عنه ويروى مثله عن ربيعة
وقوله لان الخيرة لها في المجلس باجماع الصحابة ولانه تمليك الفعل منها
والتمليكات يقتضي جوابا في المجلس كما في البيع وفي الذخيرة الا ان هذا
التمليك بخلاف ساير التمليكات من حيث انه يسري الى ما وراء المجلس اذا
كانت غايبة ولا يتوقف على القبول لكن يرتد بالرد لان فيه معنى الشرط
ولهذا لا يصح رجوعه عندنا وقال قتادة ان ردت الخيار الى زوجها
يقع واحدة رجعية وخالف الجماعة فيها وشذ ايضا الحكم وابو ثور
ولم يشترط فيه المجلس واختاره ابن المنذر رحمه الله في الاشراف وفي المغني
لا يتقدر على مجلسها ذلك وان تطاول ما لم يفسخ او يطاها وهذا قول
ابن حنبل ايضا وروي عن علي رضي الله عنه وهو قول الحسن وقتادة
وهذا الخلاف في الامر باليد وقال ابن قدامة في المغني واكثر اهل
العلم على ان الاختيار على الفور روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود
وجابر وبه قال عطا وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والاوزاعي
والنخعي ومالك والشافعي وهو قول اصحابنا وقال الزهري وقتادة
وابو عبيد وابن المنذر على التراخي وهو رواية عن مالك بخلاف جعل
الامر بيدها فانه لا يقتصر على المجلس عند احمد لانه توكيل عنده وقال
فاذا اختارت نفسها في التخيير فهو طلقة بائنة عند الكوفيين
وهو قول علي رضي الله عنه وقال الشافعي وابن حنبل هو واحدة
رجعية الا ان ينوي غيرها وقال مالك ثلاث في المدخول بها وقال
زيد بن ثابت والحسن والليث ثلث فيهما وليس له ان يرجع في ذلك

عندنا

عندنا وبه قال الزهري والثوري ومالك وفي السداب اذا خيرها
او ملكها امرها فليس له ان يرجع فيه ويصح نية الثلاث في قوله
امرك بيدك دون قوله اختاري عندنا وان طلقت نفسها ثلاثا
فيهما وقع الثلاث وان قال الزوج لم ارد ذلك والقضا ما قضت
قاله عثمان وعبد الله بن مسعود وبه قال عطا ومجاهد والقاسم
وربيعة والاوزاعي ومالك والشافعي وان قال نويت ثلاثا فلها
ان تطلق ثلاثا والقول قوله في النية وهذا قول الشافعي وهو
قول اصحابنا الا في قوله اختاري فانه طلقة بائنة ولا يحتمل الثلاث
وقال ابو عمرو بن رشد في المقدمات قال ابو حنيفة في التخيير
لا يقع به الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة ولا
تملك التفويض بها الا انا استحسنا لاجماع الصحابة رضي الله
عنهم انتهى كلامهم وينتقض بالامر باليد فانه لا يملك الايقاع
به فانه لو قال لامراته امرك بيدك ونوى الطلاق لا يقع حتى
توقعه هي ويقع الثلاث به عند النية وايقاعها وفرق في
المحيط بان الامر باليد ينبئ عن التمليك وضعا بصيغة العموم قال
كقوله تعالى والامر يومئذ لله قل ان الامر كله لله وهو مصدر
والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص فاذا نوى الثلاث فقد
ملكها جميع ما يملك من الطلاق فصحت نية العموم واما قوله
اختاري فليس بتمليك الطلاق وضعا وانما جعل تمليكا على خلاف
القياس والاجماع انعقد على الطلقة الواحدة وفي التمهيد
اختلف اهل العلم في الرجل يملك امراته امرها فقالت القضا
ما قضت هذا قول عثمان وابن عمر وابن عباس وقضى له ابن عبيد
وابن المسيب وعطا والزهري وفيه قول ثان لو قال نويت واحدة
فالقول له مع يمينه ورد عليه قاله ابن عمر وله قول ثالث
انه طلقة رجعية مروي عن زيد بن ثابت وبه قال مجاهد
والقاسم وربيعة ومالك والليث وقول رابع وهو انه اختارت
نفسها فواحدة بائنة وان ردت فلا شي وهو قول الكوفيون
وابن شبرمة وقول خامس انه ثلاث وبه قال الحسن وقول سادس
انه يرجع فيه الى قول الزوج ان قال لم ارد به شي فليس بشي وهو

قول الثوري والشافعي كقولنا وفيه قول سابع وهو انه تطلقه
ولا يكون اكثر من ذلك وان نواه الزوج وهو قول ابي ثور وفيه قول
ثامن انها ان اختارت نفسها ثلاث وان نواها الزوج فثلاث
وان اختارت بطلقة او ثنتين فواحدة باينه وان لم ينو شيا
فلا شي مع يمينه وهو قول الكوفيون قلت فيه خلاف زفر في نيه
الثنتين وهو قول تاسع وهو انه لا يصح تفويض الطلاق الي النسا
قاله طاووس وهو قول الظاهريه وقد تقدم نقض هذه الاقوال
فان قلت روي عن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلي الله عليه
وسلم انه قال في امرك بيدك ثلاث قلت الترمذي لا نعرفه مرفوعًا
الا من حديث سليمان ابن حرب قال وفيه كلام وقال البخاري لا
نعرفه مرفوعا بل هو موقوف علي ابي هريرة وفيه كثير مولي ابن سمرة مجهول
قاله علي ابن احمد ذكره عبد الحق وعندنا الثلاث محموله علي ما اذا نواها وفي
البسيط التفويض اليها تمليك في الصحيح بخلاف التفويض الي الاجنبي
وحيث قلت انه يجب البدار فلا بد من الاتصال واتحاد المجلس لا يكفي وغلط
بعضهم في المجلس قلت غلطه هو الصواب فانما يحتاج في ذلك الي التامل
والنظر في المصلحه وضابط ذلك في المجلس الا اذا وجد دليل الاعراض عن
ذلك والرغبه عنه فيوبده ما ذكر في التنبيه انه يشترط قبولها في
المجلس علي المنصوص وقيل في الحال ويصح رجوعه وقيل لا يصح قال فان
اشترطنا القبول فتطليقها نفسها قبول ولو قال وكلتك ان تطلقي
نفسك قال القاضي يحتمل ان يقتصر علي المجلس معني التمليك فيه اذ الظاهر
من يعمل لنفسه لا يكون وكيلا ورجوعه بعد تفويضه صحيح قال ابن حزم ان
لا يجوز علي التمليك واورد عليه انت طالق علي الف فانه يجوز رجوعه فيه
قلت قد ذكرنا الفرق عن قريب ولو قال لها طلقي نفسك ونويا ثلاثا وقع
الثلاث وكذا في الابانه وان نوي احدهما لم يقع قال وقال ابو حنيفه ان
نوي الزوج وقع وان لم ينو المراة لان كلامه تفسير بالنية وهو كالمعاني وهو
قول ابن حنبل وقد سارت الكتابة بالنية لصريح الطلاق فلا يحتاج الي نية اخري
بعد تعين قول الزوج في الطلاق واحتجت الظاهريه علي عدم الاقتصار علي
المجلس بحديث عايشه رضي الله عنها ومن امها انه عليه السلام قال لها اني ذاكر
لك امرا فلا تستعجلي حتي تستامري ابويك ولم يقل لها في مجلسك وبعده حيث

امرها بذلك وفي البسيط لو قال لها طلقي نفسك ونوي ثلثا فقالت طلقت
نفسي ولم ينو عددا فالظاهر يقع واحده وفيه وجه انه يقع الثلاث لانها
جوابها علي خطابه اذا طلقت نفسها الطلاق المفوض اليها وهو ثلث
بالنيه قال وهذا يويد مذهب ابي حنيفة ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا
فقالت طلقت ولم ينو يقع الثلاث قاله القاضي قال لان العدد مصرح به
وفي الذخيرة قالت طلقني ثلاثا فقال طلقتك يقع الثلاث للجواب ومثله
في المحيط ولو قال انت طالق او قال فانت طالق يقع واحده لانه ليس بجواب
قلت والمنوي بمنزلة المصرح به قال امام الحرمين الوجه في هاتين
المسلتين البنا علي القولين التمليك والتوكيل فان قلنا انه تمليك وهو
الصحيح فهو البنا كقول القايل قبلت من غير ذكر العوض في ايجاب
المعاوضات وان قلنا توكيل علي غير الصحيح لا يقع الثلاث ويحتمل ان يقال
شي في التوكيل ايضا ان قلنا بتقييده بالمجلس فان اتقيد جنس البنا

قوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتي لو قال لها
اختاري فقالت اخترت فهو باطل قلت الشرط فيه ذكر النفس او الاختيار
في احد الكلامين لوقوع الطلاق بان قال الزوج اختاري نفسك او اختاري
تطليقه او اختاري اختيار او قالت المراة اخترت نفسي او اخترت تطليقه
او اختيار وقع الطلاق بذلك اما لو قال لها اختاري فقالت اخترت
لم يقع شي ولو قال لها اختاري فقالت فعلت فكذلك ولا يقع شي بخلاف ما لو
قال اختاري نفسك فقالت فعلت حيث يقع ومثله في البدايع وزاد تكرار
الاختيار في كلام الزوج وكذا لو قال اختاري فقالت اخترت ابي او امي او اهلي
او الازواج استحسانا وفي جوامع الفقه خلاف اخترت اخي او عمي او قالت
اخترت نفسي وزوجي فالعبرة للسابق وان قالت او زوجي بطل ولو قال لها
اختاري فقالت طلقت نفسي يقع باينه علي ما ياتي وفي البدايع قال لها
اختاري فقالت اخترت الطلاق يقع واحده رجعيه وذكر النفس ليس
بشرط عند الايمة الثلاثه اما عند مالك فاي كلام صدر به النيه يقع
به الطلاق وان لم يشعر به واما عند الشافعي وابن حنبل فلا بد ان
يكون في كلامه او جوابها ما يصرف الكلام اليه عند عدم ذكر النفس هكذا
ذكر في المغني وفيه لو قال اختاري قال القاضي ان قالت اخترت ولم تقل
نفسي لم تطلق وان نوت لان الكلام عري عن التفسير فلم يصلح وانما دد

الشروع في المفسر من احدى الجانبين اما من جانبه فلان الكلام خرج
جوابا فيتضمن اعادته فلاجل هذا لا يشترط منها النية مع نية الزوج
للطلاق خلافا للشافعي وابن حنبل واما اذا كانت مفسرة في جانبها
فلان كلام الزوج محتمل فيحمل على المفسر لان معنى قوله اختاري اختاري
او نفسك فاذا قالت اخترت نفسي فهو الجواب عند عدم التفسير
من احد الجانبين بقياس لا فلا يفيد ان الابد ليل كما ذكرناه ولو قال
لها اختاري اختيارة او تطليقة لان الثاني الاولى للاقرار واختيارها
نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى بعد مرة بصريح الطلاق
او بتجديد النكاح فنزلت جملة ارادة الطلاق خلاف اختيارها
زوجها فانه يتحد ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي
يقع اذا بقي الزوج يبقى مالكا للطلاق بعد التمليك وهي في عصمته
حتى يحل وطيها ويقع طلاقه وفي الجواهر اذا ملكها الزوج او خيرها او
ملك غيرها لم ينتقل الطلاق عن ملكه بذلك ولا خرجت العصمة من يده
ولا ينقاد ينبغي ان لا يبقى للزوج ولانه التطليق بعد التمليك كما في تمليك
الاعيان لانا نقول تمليك الفعل لا ينبغي بقاؤه في ملكه اذ لا تنافي في الفعل
بخلاف الاعيان فانها اذا كانت مملوكة لانسان لا تكون مملوكة لغيره ولهذا
جوزنا ان يكون الواحد على الاصيل وعلى الكفيل والتضاد في الاستيفاء حين
يصير عينا **قوله** ولو قال لها اختاري نفسي فهي طالق استحسانا
والقياس ان لا تطلق لان قولها اختاري مشترك بين الحال والاستقبال
على المذهب الصحيح عند النحويين او هو محتمل للاستقبال فلا يقع بالشك
او مع الاحتمال وصار كما لو قال لها طلقي نفسك فقالت انت طالق اطلق
نفسي لا يقع لانه وعد ووجه الاستحسان قول عائشة رضي الله عنها
بل اختار الله ورسوله فاعتبره عليه السلام جوابا منها قلت لفظ عائشة
رضي الله عنها افي هذا استامر ابوي فاني اريد الله ورسوله والدار الاخرة
قالت ثم فعل ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت رواه الجماعة
الا ابو داود وقولها اريد الله ورسوله ولم اقف على بل اختار الله ورسوله
والمعنى فيهما واحد ان كل واحد منهما فعل مضارع وهذا لان فعل المضارع
حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال وقد برهنا على ذلك في الجامع ولهذا
قلنا ان الكافر اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله

مع

مع التبري يحكم باسلامه ولو كان يحتمل الاستقبال والوعد لم يحكم باسلامه
ومثله اداء الشاهد وقول المؤذن ولا كذلك اطلق نفسي فانه يحمله على الحال
متعذر لان التطليق فعل الانسان فمن المحال ان تطلق نفسها في زمان
الوعد به اذ كل واحد منهما فعل انسان ولا كذلك قولها اختار لان
الاختيار عمل القلب فجاز ان يجعل حكاية عن حال قائمة وكذا اشهد لان
معناه الحضور بالقلب اي احضر بقلبي مؤذنا للشهادة وفي المرغيناني
ولان اختار في العرف ينصرف الى الحال دون العدة في المستقبل بقول الرجل
انا اختار كذا فهو كالشهادة فترك فيه القياس كذلك وعمل بالقياس في
اطلق لعدم الصارف عنه وفي قاضيخان قالت عائشة انا اختار الله ورسوله
فكان كذلك فجعلنا منها وجوابا لا عدة ولا نص في اطلق ولا عرف فبقي
محتملا للوعد قلت اصحابنا جعلوا هذا من عائشة رضي الله عنها جوابا وحملوه
على الحال قال وكذا قولها اختار نفسي وجب حمله على الحال في ذلك فانه
محتمل للرد والاعراض عن اختيار الطلاق والاشتغال بغير ما فوض اليها
وبذلك يخرج الامر من يدها وليس فيه اختيار نفسها فلاجل ذلك بقيت
في العصمة ولا يشترط في بقائها في العصمة اختيار الزوج في الحال حتى يحمل
على الحال بدليل انها لو ارادت اختيار زوجها في المستقبل خرج الامر
من يدها وبقيت زوجة ولو قال نويت الحال في قولي اطلق نفسي ينبغي ان
يقع وقد ذكر في زيادات الزيادات لو قال ابيعك هذا بالف فقال اشتري
ونويا الحال انعقد البيع وفي المحيط قال اتزوجك فقالت فعلت ينعقد
لانه وان كان حقيقة للاستقبال الا انه يحتمل الحال بخلاف البيع لان النكاح
لا يحتمل السوم والعدة لتقدم ذلك فيه وفيه اخبار لا يحتاج الى نيتها بعد
نية الزوج مع ذكر النفس منه او منها وفي الرافعي عن اسمعيل البوشنجي
لو قالت اختار نفسي او اطلق فطلقته للاستقبال فلا يقع به شيء فان قالت
اردت به الانشاء وقع قال النواوي وهو كما قال البوشنجي لو قالت اختار نفسي
وفي احكام القرآن للشيخ ابي بكر الرازي ومختصر القاضي بكر ظن قوم انه عليه
السلام خير نساءه في الطلاق وهو ظن السوء وانما خيرهن بين الدنيا والاخرة
فان اخترن الاخرة بقين عنده وان اخترن الدنيا طلقهن طلاق السنة
بدليل قوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وهو قول الحسن البصري
قلنا هذا دليل على ان اختيارهن انفسهن طلقة بائنة لا ثلاث لتفويضه عليه السلام

عن ارسال الثلاث جملة فالاشكال على مالك في جعل الاختيار ثلثا واجاب بان التمتع
يكون بعد طلاق سنين والتسريح اخراجهن من بيته عليه السلام بعده وبعد
المتعة في المدخول بها وبعد الطلاق لا في غير المدخول بها وان قال لها
اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة
طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة ولا يحتاج فيها الى نية الزوج ولا الى نيتها وقالا
تطلق واحدة قال الطحاوي وبه ناخذ وفي جوامع الفقه لو قالت اخترت
التطليقة الاولى تقع واحدة باينة وانما لم يحتج الى النية ولا الى ذكر النفس
لمكان التكرار والاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر دون اختيار الزوج
وقد اوضحناه ومثله في الولوالجي وقال في الجامع اختاري اختاري اختاري بالف
ينوي الطلاق فقد اشترط النية مع ذكر المال والتكرار مع ان ذكر المال
ترجيح جانب ارادة الطلاق وفي جوامع الفقه التكرار يغني عن النية في رواية
الجامع الصغير وفي رواية الزيادات يشترط النية في التكرار ايضا
وهذا الخلاف قوله اعتدي اعتدي اعتدي ولم ينو شيئا لا يقع الطلاق اتفاقا
والفرق على رواية الجامع الصغير ان قوله اعتدي يحتمل اعتداد نعم الله عليها
وهي لا تحصى وفي البدايع وان قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت يقع الثلاث
لان النص على الثلاث دليل اختيار الطلاق وقولها اخترت ينصرف اليه فتقع
الثلاث وان كنا التخيير بان قال اختاري اختاري اختاري ونوى بكل واحد
منهما الطلاق فقالت اخترت يقع ثنتان فقد اشترط في البدايع النية
مع التكرار قلت فيه سوال وهو انه لما نوى بها الطلاق بانت بالاولى
فينبغي ان لا تقع الثانية وان البائن لا يلحق البائن تخييرا وزيد في تقوية
السوال بان قاضيخان ذكر في قوله اعتدي اعتدي اذا نوى بالاولى الطلاق
وانه لا يقع ثنتان لان الواقع بذلك رجعي والرجعي يلحق والفرق ان في الاولى
يقعان معا بايقاعها فارتبز بالاولى وفي اعتدي اعتدي يقع بايقاع الزوج
مفترقا انه ينبغي له ان يكتفي بالنية عند الاولى لانه يصير الحال حال
مذاكرة الطلاق فلا يحتاج بعدها الى نية الطلاق كما قلنا في اعتدي
اعتدي فانه اذا نوى بالاولى طلاقا يقع ثنتان وان قال اختاري او ذكر
الاخير بالواو وبالفا او بثم فقالت اخترت او اخترت اختيارا او مرة
بمرة او دفعة بدفعة او بواحدة او اختيارا واحدة فهي ثلاث وان يوجد
ذكر النفس من الجانبين جميعا لان التكرار من جانبه يغني ولم يبق اشتراط

النية

النية وقد شرط النية قبله في اختاري اختاري وفي مسئلة الجامع ان اختارت
الاولى او الوسطى يقع بغير شيء عندهما وان اختارت الاخيرة وقعت بالف وعنده
تقع الثلاث في الكل ويجب الالف وان ذكر الاخرتين بالواو وبالفا لا يختلف
الجواب عنده وعندهما لا يقع شيء ومثله في البدايع لانه لو وقع بثلث الالف
والزوج لم يرض بزوال ملكه عنها وملكها نفسها بذلك وانما رضي بالالف
ولو قالت طلقت نفسي واحدة لم تقع عنده وان كان المكرر بغير مال فقالت
اخترت التطليقة الاولى واخترت نفسي بتطليقة او طلقت نفسي واحدة
او تطليقة واحدة يقع واحدة باينة ولو قال ابطل واحدة منها بطل
كلها وان قالت اخترت نفسي قبل تكرار الزوج بطل ما بعده ذكر ذلك
كله في جوامع الفقه ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فاختارت
نفسها وقالت نويت بالاولى الطلاق وبالباقين التاكيد لم يصدق
قضا لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق وكان
طلاقا ظاهرا هكذا في المحيط والبدايع وهذا يدل على اشتراط النية
مع التكرار وفي المغني ان كرر ثلاثا فهي واحدة وان اراد ثلاثا فثلاث
وبه قال الشافعي وان لم ينو فقول احمد مضطرب فيه ولو قالت
اخترت مرة فقد تقدم وقوع الثلاث بها وهو قول الشعبي والنخعي
وقال عطا واحدة باينة وقال ابو ثور رجعية لابي يوسف ومحمد
رحمهما الله ان ذكر الاولى او ما بعدها ان كان لا يفيد من حيث الترتيب
يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد ويمكن ان يقال بانه يفيد من حيث
الترتيب ايضا وانه لو جعل بازاء الواحدة منها مالا فاختارت التي
بازايها المال يقع بالمال وان اختارت غيرها يقع بغير شيء عندهما هكذا
ذكر في الجامع وفي جوامع الفقه لو ذكر لكل تخيير مالا على حدة اختارت
ما شاءت ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الاولى او الوسطى او الاخيرة لغو لانه
لو اجتمع في ملكها الطلقات الثلاث لم يبق فيها ترتيب كالجماعة في مكان
واصل التفويض الترتيب والافراد من ضرورياته فاذا لغا في حق الاصل
لغا في حق البنا لان البنا على العدم محال قلت هذا ممنوع فان الاولى اسم لفرد
سابق والوسطى اسم لفرد بين عددين متساويين والاخيرة اسم لفرد
لاحق هكذا ذكره محمد في الجامع وهو اللغة فثبت ذلك ان كونه فردا اصل
والسبق والتوسط واللحوق صفات له خلاف ما ذكره صاحب الكتاب لانه لا معنى

لقولها الاولى او ما بعدها لان موجبها طلقة واحدة كانت بالاولى او غيرها
فلم يكن في نفسها فايدة قلنا ذكرها فان قلت سلمنا ان اصله الترتيب ولا يلزم
من تعذر الاصل ان لا يعمل بغيره بل يجب ان يعمل بما يمكن العمل به ويلغى بما لا يمكن
كما قال ابو حنيفة فيمن قال لعبده وهو اكبر سنا منه هو ابني يعتق وان
كان اصل الكلام النسب وهو محال واعتبره فيما يمكن العمل به وهو الحرية
والعتق عليه وان كان البنوة عليه وهو البنوة مستحيلا قلت هناك جعل
قوله هذا ابني مجازا عن الاعتاق وليست البنوة مطلوبة بذلك ولا ارادة
كقوله لا آكل من هذا القدر فان القدر غير مراده وانما المحلوف عليه ما
يكون مثله لا آكل من هذه النخلة والكلام ياتي على المسلة في كتاب العتاق ان شا
الله تعالى فان قلت لم لا تكون الاولى صفة للطلقة حتى تكون واحدة اتفاقا
قلت تقدير الاختيار مدلول عليه لانها مصدر اختيارى ودلالته على
الطلقة من وجه فالاولى اولى ومعناه في الجامع والمحيط فان قالت اخترت
اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا يعني فيما اذا لم يذكر الاولى ولا اختها
لانها للمرة وصار كما لو صرحت بها وقد ذكرنا نظايره قال ولان الاختيار
للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلاث فمع التاكيد اولى قلت مع انها لا تكون
للتاكيد لان التا للافراد والمصدر المؤكد غير المصدر الذي يكون العدد
قوله ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة
فهي واحدة تملك الرجعة لان اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضا العدة
فكانها اختارت نفسها بعد العدة قلت في كلامه مسامحات وقد ذكر
المسلة في الجامع والزيادات وجوامع الفقه وقال يقع واحدة باينة وفي
بعض نسخ الجامع الصغير قال تملك الرجعة كما ذكره هنا وهو غلط من الكاتب
لانه قال بعد هذا اذا امرها بالباين فاوقعت رجعيا وقع ما امر به الزوج
وفي الجامع الصغير هي واحدة باينة وهو الصحيح فان نص عليه في الزيادات
وفي الحواشي وكذا في المبسوط والزيادات وهو الاصح ووجهه ان القايل
تخيير الربع والرابع بالتمييز يكون باينا وفيه فان قيل ينبغي ان لا يقع
الطلاق بقولها طلقت نفسي في جواب اختاري لان المفوض اليها الاختيار
فلا ينبغي ان يكون جوابه التطليق كما لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت
واحدة بخلاف الاختيار فانه لم يفوض اليها لا قصدا ولا ضمنا وكذا ليس هو
من الفاظ الطلاق الا في جواب التخيير وفيه خلاف زفر وفي جوامع الفقه

ان

ان نوى النفس في المجلس فيما يشترط ذكر النفس صح وقيل لا يصح وبعد المجلس
لا يصح ايضا وان مكثت ساعة ثم قالت نفسي في المجلس صح وفي المحيط لو
قال لها امرك بيدك فقالت طلقت ولم تقل نفسي لا يقع كما لو قال اختاري
فقالت اخترت لا يقع وان قالت عنيت نفسي لا يقع وان كانت في المجلس
تصدق لانها تملك الانشا وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري
تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة تملك الرجعة لانه تفويض صريح
الطلاق وهو معقب للرجعة بالاجماع وفي المحيط لو قالت اخترت نفسي وزوجي
او قالت زوجي ونفسي او زوجي لم يقع شي وفي التنبيه في صحة توكيل المراة
بالطلاق قولان وجه المنع انها لم تكن اهلا للوكالة بالنكاح عندهم فكذلك
في الطلاق عندهم واحمد صححه وفي البدايع لا لزوم من جانبها ولا يصير
الامر بيدها قبل علمها وفي المحيط قال لها اختاري لا يقع لان البائن
لا يلحقه البائن الا بالتعليق والايلا والصريح والسر في ذلك ان وقوع
البائن يفتقر الى النية ونية البينونة لا تفيد لانها تحصيل الحاصل
بخلاف التحصيل والايلا والصريح لكنهما لا يفتقرا الى النية عند وقوعه
هكذا في الذخيرة حكما وتعليلا وفي جوامع الفقه لو جعل امرها ثم
طلقها فالامر بيدها على حاله ولو ابانها بطل الامر والتخيير وفي
الامالي هذا قول ابي يوسف وعند ابي حنيفة لا يبطل ولو قال امرك
بيدك او اختاري نفسك ان دخلت الدار فابانها ثم دخلت الدار
او اختارت نفسها لم يقع شي ولو قال انت طالق بالف ان دخلت طلقة
رجعية بغير شي وفي المبسوط قال اذا اجابته فاختاري نفسك فابانها
ثم جانبه فلا خيار لها ولو قال امرك بيدك او امر هذه بيدها فايتهما
طلقت نفسها بطل الاخر ولو طلقتهما معا طلقت احداهما والبيان
اليه

فصل في الامر باليد

قوله وان قال امرك
بيدك ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان
الاختيار يصلح جوابا للامر لكونه تمليكا كالتخيير لكن يرد عليه
قوله طلقي نفسك فقالت اخترت لا يقع شي وان كان ذلك تمليكا وياتي
الكلام عليه في فصل المشية وفي المرغيناني قال لها امرك بيدك فاختارت
نفسها تكلموا فيه والمختار وقوعه والواحدة صفة للاختيار دون
التطليقة او المنعوت مدلول عليه لانه مصدر اختيار المدلول

المذكور فكانها قالت اخترت نفسي باختياره واحدة او بمرة واحدة ان المعنى الاختيار للمرة وبهذا لا يقع الثلاث وصحة نية الثلاث لان الامر مصدر وهو اسم جنس يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية العموم وقد اوضحنا ذلك في باب ايقاع الطلاق فلا نعيده وان قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة هنا نعت لمصدر محذوف وهو التطليقة لدلالة قولها طلقت عليها الا انها بائنة لان الامر باليد يقتضي البائن فاذا امرها بالبائن وقعت رجعيا يقع على ما امر به الزوج على ما ياتي والصحيح من مذهب الشافعي ان قوله امرك بيدك وطلقي نفسك واختاري نفسك تمليكا منها ويقتصر على المجلس وقال ابن حنبل اختاري نفسك كذلك وامرك بيدك توكيل تطلق نفسها متى شاءت وكذا اطلقي نفسك وقال القاضي من الحنابلة يقتصر على المجلس كقوله اختاري قلنا المالك هو الذي يتصرف لنفسه والوكيل من يعمل لغيره والزوجة عاملة لنفسها دون غيرها لكن يرد على هذا التوكيل المدبر بالنفسه فانه يصح عندنا وهو عامل لنفسه وفي المحيط اقتصار الامر باليد على المجلس استحسان لان فيه معنى التطليق وهو لا يقتصر على المجلس ووقوع الطلاق بالخيار استحسان لانه ليس من الفاظه واقتصاره على المجلس استحسان لما فيه من معنى التعليق حتى ان الزوج لا يملك الرجوع عنه ولا يبطل بقيامه من المجلس لكن ترك ذلك باجماع الصحابة قلت في الاجماع نظر ويشبه ان يكون هذا استحسان من الاستحسان ولو جعل امرها بيدها فقالت انت علي حرام او قالت انا عليك حرام او انا منك باين او انت مني باين يقع وفي جوامع الفقه قال امرك بيدك او انت طالق فبانت احدهما فان اختارت نفسها في المجلس بانت او قامت طلقت رجعية ولو قال امرك بيدك او في يدك او في كفك او يمينك او في شمالك او قال جعلت الامر كله بيدك او فوضت الامر كله اليك ونوى يصح ولو قال في عينك او في رجلك او في راسك لم يصح الا بالنية هكذا في جوامع الفقه حكم غريب ذكره في الذخيرة وهو انه لو جعل امر امراته بيدها او بيد اجنبي ثم انهما ردت الامر او رده الاجنبي لا يبطل لانه تمليك شيء لازم والمسئلة مروية عن اصحابنا انتهى كلام صاحب الذخيرة وفي المحيط عن محمد لو قال ثلاث مرات بيدك كانت ثلاثا ولو

قال

قال في يدك فهو واحدة ولم يذكر الفرق ولو قال انت طالق او امرك بيدك لم تطلق حتى تختار نفسها في مجلسها فحينئذ ان شاء جعلها طالقا طلقة بائنة باختيارها ولفظ صاحب المحيط ان شاء اوقع تطليقة وان شاء اوقع باختيارها وهو بناء ان في الطلاق المبهم بيانا له اوقع وان قال لامراته ان دخلت الدار فامرك بيدك فان طلقت نفسها كما وضعت قدمها في الدار طلقت وان طلقت بعد ما مشت خطوتين لم تطلق وكذا في الذخيرة لخروج الامر من يدها وفي جوامع الفقه ان نفسها كما دخلت طلقت وان مشت خطوتين بطل وفي الذخيرة ان كانت تمشي فاجابت في خطوتها وسبق جوابها خطوتها بانت وان سبقت خطوتها جوابها لم تبن وان قال امرك بيدك فاختارت نفسها قيل لا يقع وهو قول محمد ابن الازهر والاصح انه يقع لان هذا ابلغ وجوه التخيير ولو جعل امر امراته بيد مجنون او صبي لا يعقل فذلك اليه ما دام في المجلس وفي الذخيرة قال محمد في الاصل اذا جعل امر امراته بيد صبي او مجنون او عبد او كافر صار بيده وليس له ان يخرجه من يده ما دام في مجلسه كما لو فوضه الى امراته قال خواهر زاده لا اشكال في العبد والكافر لانهما من اهل التمليك والطلاق والاشكال في الصبي الذي لا يعقل والمجنون لانهما ليسا من اهل التمليك فينبغي ان لا يصح لكن صحته باعتبار التطليق بتطليقة كالتعليق بدخول الدار قلت يرد عليه اقتصاره على المجلس ولا يكون ذلك الا في التمليك وعلى هذا لو قال لامراته الصغيرة امرك بيدك ينوي الطلاق فطلقت نفسها طلقت وفي المغني جعل امر امراته بيد صبي او مجنون فطلق لم يقع وبيد عبد او كافر يقع وان جعل امر امراته الصغيرة او كانت مجنونة لا يصح وقال اشهب وعبد الملك اذا خيرت الصغيرة فخيرت فذلك لها قال مالك ان طلقت في حالها قال ابن القاسم يريد بلغت حد الوطء وفي المجموعة غيرها وفي معتقه فتختار وهي معصورة فقضاؤها غير جائز وان خيرها وهي معصورة فاختارت وقع لانه رضي قضاؤها كما لو ملك صبيا يعقل وفي المحيط قال لامراته امر نسائي بيدك او طلقي اي نسائي شئت فليس لها ان تطلق نفسها لانها معرفة في التفويض ولانه دخل تحت النكرة

لما عرف ولو قال لها ان شيت فنسائي طوالق فشات طلقت هي ايضا لانها
معرفة في الشرط فتدخل تحت عموم الجزا لعدم اتحاد المحل والسياق
نظيرها ما ذكر في الجامع وهو انه لو قال لامراته ان فعلت فنسائي
طوالق ففعلت هي ايضا وكذا لو قال ان دخل داري هذه احد فامراتي طالق
فدخلت طلقت وهي معرفه في الجزا فدخلت تحت احد وهو نكرة في الشرط
لاختلاف المحل ونظير الاول رجل قال لعبده اي عبيدي ان وجدته وضربته
او سبيت عتقه فهو حر او قال اعتق اي عبيدي شيت لا يتناوله لان
المعرفه لا تدخل تحت النكرة مع اتحاد السياق وهذه القاعده لها
نظاير ونقوض وقد ذكر في الجامع في الباب القصير الذي بعد كتاب الوكالة
لو اوصى الى رجل بثلث ماله يضعه وفي المبسوط جعله حيث شا او احب
فوضعه في نفسه جاز فقد دخلت المعرفه تحت النكرة مع اتحاد
السياق ولو قال ادفعه او قال اصرفه الى من شيت فليس له ان يدفعه
او يصرفه الى نفسه وفرق بان الدفع والصرف تمليك بخلاف الوضع
والجعل وفي الواقعات الصغرى اوصى الى فلان بثلث ماله يضعه
حيث شا جاز له وضعه في نفسه ولو قال اعط ثلثي مالي من شيت
لا يجوز له وضعه في نفسه قال لانه صار معرفا بالاضافة اليه والمعرفه
لا تدخل تحت النكرة واحاله الى هذا الباب من الجامع وفي السير الكبير
اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل الامام قتيلا كان له سلبه
ودخل تحت من هو معرفه وفي المرغيناني قال امر امراة من نسائي بيدك
ونوى الطلاق فطلقت نفسها او غيرها طلقت هكذا في المنتقى وفي
ايمان الجامع المعرفه لا تدخل تحت النكرة اذا كانت المعرفه ضميرا او
مضافا الى الضمير والمعرفه بالعلمية والاشارة وحدها تدخل تحت
النكرة الا في الاجزا المتصلة كيدي وهذه اليد قالوا لان العلم يكون من
وجه حتى لو قال ان كلم غلام زيد بن عمرو واحد يدخل زيد تحت احد لانه
يقال من زيد بن عمرو ومحمد بن بكر ولا يقال من انا ولا من انت في الضماير
فان قيل بل التعريف بالعلمية تعريف من كل وجه بدليل ان قال فلانه
بنت فلان التي تدخل الدار طالق تطلق في الحال لان فلانه معرفه فلغت
الصفة اذ الصفة في الحاضر لغو وكذا لو قال فلانه بنت فلان التي اتزوجها

طالق لا يتعلق الطلاق لما قلنا وصار كانه قال انت التي اتزوجك والجواب
من وجهين احدهما ان احد اعيانه في اليمين فلا تخرج منها الا المعرفه
من كل وجه ولم يوجد وفي مسلة اليمين وقع الشك في انعقادها فلا ينعقد
ولا يقع الطلاق المعلق بالشك والجواب الثاني ان النسبه وضعت لتعريف
الغايب دون الحاضر اذ الحاضر مستغن عنها بالاشارة والحالف هنا حاضر
فلم يعتبر تعريف النسبة وفي مسلة التزوج ونحوها غايبه فاعتبر التعريف
بالنسب فلغت الصفه ومعناه في الذخيره فان قيل ما ذكرت مشكل
بما قالوا كل امراة يتزوجها فاذا امت عمرة حيه او حتم موت عمرة فهي
طالق فتزوج عمرة لا تطلق فقد صارت عمرة معرفه وهي علم وانه دخل
تحت كل امراة يتزوجها ومقتضى ما ذكرت ان تدخل تحت النكرة
حتى تطلق اذا تزوجها قلنا عامة المشايخ على ان تاويله اذا كانت عمرة
مشارا اليها وفي المحيط عبد قال لمولاه زوجني امتك هذه على ان امرها
بيدك فزوجها لم يصر امرها بيده لانه يفوض الامر اليه قبل النكاح
وان بدا المولى فقال زوجتها منك على ان امرها بيدي فقبل العبد
صار الامر بيده لانه صار كانه قال قبلت النكاح على ان امرها بيدك
فيكون التفويض بعده نظيره تزوج امراة على انها طالق او على ان امرها
بيدها لا يقع الطلاق ولا يصير الامر بيدها ولو قالت المراة زوجتك
نفسي على اني طالق او على ان امري بيدي وقع وصار الامر بيدها وهي
حيلة التحليل ولها الخيار في مجلس علمها اذا لم يسمع او كانت غايبة
فان قال الزوج علمت في مجلس القول وانكرت فالقول قولها لانكارها
ولو قال امرك بيدك ولم ينو فليس بشي وان قالت نويت فقال لم انو فالقول
قوله مع يمينه الا في حال ذكر الطلاق او الغضب وان اقامت البينه
على النيه لم تقبل وعلى اقراره بها تقبل وفي التنبيه للشافعية
ان قال الزوج اختاري فقالت اخترت فالقول له وان قال لم تنوي
فقالت نويت فالقول قولها وقيل له والاول اصح وفي البسيط قال
لها اختاري فقالت اثبت نفسي وخليتها ونوت فالظاهر الوقوع
وفيه وجه انه لا يقع للمخالفه في اللغه وفي المنتقى قال لها طلقي نفسك
فقالت انا حرام او خليه او بريه او بته او باين طلقت بذلك كله وفي
المرغيناني قال لغيره ان غبت عن هذا البلد ومضى على ستة اشهر

فامر امراتي بيدك حتى يجعل لها بقية مهرها او نفقة عدتها فغاب
ولم يحضر حتى مضت المدة فهو توكيل مطلق لا يبطل بالقيام من المجلس
والصحيح انه تمليك يبطل بالقيام وسئل المرغيناني عن رجل جعل امر
امراته بيدها على انه ان غاب عنها شهرين تطلق نفسها متى
شات فغاب شهرين الا يوما فحضر في اليوم الاخر فمضت المراة حتى
مضى شهران ثم طلقت نفسها فاجاب انه يقع قيل فيه نظر لانه معلق
بغيبته لا بغيبتها وفي المغني الامر باليد لا يقتصر على المجلس لقول علي
رضي الله عنه هو لها حتى تنكل قال ابن قدامة لا نعرف له مخالفا في ذلك
فيكون اجماعا ولانه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله في يد
اجنبي وفي المدونة قال مالك ان خيرها او ملكها فذلك لها ما دامت
في المجلس قال ابن يونس في شرح المدونة وقاله عمر وعثمان وابن مسعود
وكثير من التابعين وفي مصنف ابي بكر هذا قول عمر وعثمان وعبد الله بن عمر
وطاوس والشعبي وقال اصحابنا هو اجماع الصحابة وهو اذا لم نعرف لعلي
رضي الله عنه مخالفا ان قول ذكرنا من الصحابة مشهور ولا يخفى عليه
لم يكن اجماعا الا لو علموا قطعا انه لا يخالف له بان علموا افتواه بذلك
وسكتوا ولم ينكروا عليه قال الشافعي ليس باجماع ولا انسب الى الساكت
قولا اما عدم علمه لمن خالفه فلا يدل على الاجماع البته وقوله توكيل
ممنوع فانه تمليك عند الايمة وقوله كما لو جعله في يد اجنبي باطل وقياسه
فاسد فانه تمليك فيهما ويقتصر على المجلس عندنا في الاجنبي ايضا الا
اذا كان وكيلا عنه على ما ياتي **قوله** ولو قال لها امرك بيدك اليوم
يدخل فيه الليل فان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لانه
امر واحد لانه لم يتخلل بينهما وقت لم يتناوله الامر باليد وقد يلج
الليل ومجلس المشورة باق لم ينه فكانه قال امرك بيدك في يومين
وعن ابي حنيفة اذا ردت الامر في اليوم بيدها الخيار في الغد لانها
لا تملك رد الامر حتى تمضي المدة كما لا تملك رد الابتياع ولان ردها كقيامها
من المجلس واشتغالها بعمل اخر وبذلك لا يبطل الخيار الموقت ووجه
الظاهر انها لو اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار الاخر في الغد
فكذا اذا اختارت زوجها رد الامر لان المخير بين الشيئين اذا اختار
احدهما لا يبقى له الخيار الاخر اذا اتحد الخيار وعن ابي يوسف اذا عاد

التخيير

التخيير فيثبت لها خياران لاستقلال كل وقت بخيار وكذا في المحيط ولم يقيده
بقول ابي يوسف ومثله في الخزانة لكن قال ان اختارت في اليوم فلا اختيار لها
في الغد قلت اذا كان في الاختيار يستقيم ان يبقى لها خيار في الغد لان البائن
لا يلحق البائن اما الوجود عقدها في اليوم فما المانع من بقاء خيارها في الغد
وقد اطلق المنع في الخزانة وفي النوادر جعل ذلك قول ابي يوسف وفيه
لو قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد فهما امران فان ردت وجعلها
فيه فلها ان تختار غدا وفي قاضي خان قال لها امرك بيدك اليوم او
امرك بيدك هذا الشهر وردت في اليوم في ظاهر الرواية لا يبطل
وعلى رواية الكرخي عن ابي حنيفة يبطل في ذلك اليوم فلها الخيار بعد
ذلك هكذا ذكره البيهقي في المنتقى وفي قاضي خان لو قال لها امرك
بيدك في هذه السنة ثم طلقها واحدة قبل الدخول ثم تزوجها في
تلك السنة فلها الخيار في قول ابي حنيفة وان قال اذا جاء راس الشهر
فامرك بيدك فطلقها قبل الدخول فجاء راس الشهر فالامر بيدها
ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد فهو امر واحد بمنزلة
قوله امرك بيدك اليوم وغد ذكره في قاضي خان وفي خزانة الاكمل
قال امرك بيدك اليوم وغد وبعد غد فهو امر واحد ممتد فلو ردته
اليوم بطل ذلك كله كما لو قال امرك بيدك ابدا فردته وفي المحيط قال
امرك بيدك اليوم وغد وبعد غد فردته في اليوم بطل الامر كله كما ذكر
في قاضي خان والخزانة وذكر في عيون المسائل ان لها ان تختار نفسها في الغد
فجعل ذلك ثلاثة اوقات وفي المحيط ايضا اذا قال امرك بيدك اليوم وغد
او بعد غد فردت في اليوم لا يبطل خيارها في الغد وبعده عند ابي حنيفة
وعندهما يبطل ولو قال امرك بيدك شهرا فردته في اول الشهر ثم ارادت
ان تختار نفسها فلها ذلك عند ابي حنيفة ومحمد ولا يوجب اختيار زوجها
في ذلك اليوم بطلان خيارها في يوم اخر في ذلك الشهر وعند ابي يوسف
ذلك كله وعلى هذا الخلاف قال امرك بيدك كلما شيت او اذا شيت او
متى شيت وقيل الخلاف على العكس والصحيح الاول وفي الذخيرة قال
امرك بيدك يوما او شهرا او سنة فالامر بيدها من تلك الساعة الى
استكمال المدة ولا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس ولا بالاعراض
والاشتغال بفعل اخر وكذا في المحيط ولو قال امرك بيدك هذا اليوم

او الشهر او هذه السنة فلها الخيار في بقية المدة وعن ابي يوسف انه
على اليوم كله ولو قال في هذا اليوم فلها مجلسها وعن محمد لو قال امرك
بيدك راس الشهر كان الامر بيدها الليلة التي يهل الهلال ومن الغد
الى الليل ولو قال في راس الشهر كان لها مجلسها حتى تغرب الشمس من
الغد وفي الخزانة لو قال امرك بيدك اذا اهل الهلال او كملت السنة
او قدم فلان فلها الخيار في ذلك المجلس لا غير وروي عنه ما يخالف هذا
فانه روى ابراهيم عنه انه لو قال امرك بيدك رمضان او في رمضان
فهذا سوى اذا الامر بيدها رمضان كله وكذا غدا او في غد سوا وفي
العيد وروي عن ابي يوسف اذا قال امرك بيدك الى راس الشهر فلها ان
تطلق نفسها مرة واحدة في الشهر ولا يطلقها اخرى ولا يخرج الامر
من يدها بتبدل المجلس فان قالت اخترت زوجي بطل خيارها في الشهر
كله عند ابي يوسف وعند ابي حنيفة يبطل في ذلك اليوم ولها الخيار
في الغد هكذا ذكر القدوري الخلاف في هذه المسئلة وذكر الخلاف في
مثل هذه المسئلة على عكس هذا او قال يبطل خيارها في جميع الشهر عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يبطل في مجلس اخر ولو قال امرك
بيدك الى عشرة ايام فالامر بيدها من تلك الساعة الى مضي عشرة ايام من
تلك الساعة ذكره المرغيناني فان نوى بعد عشرة ايام صدق ديانة لا قضا
لانه خلاف الظاهر وفي الحاوي هذا قولهما واحسب فيه خلاف محمد
وفي المغني وان قال اختاري نفسك اليوم وغدا افردت في اليوم بطل كله
وان قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غدا افردت في اليوم يبقى
في يدها الامر غدا ولو قال انت طالق الى شهر كذا او الى سنة كذا فهو كما
قال في شهر كذا لا يقع الا في ذلك الوقت وبه قال الشافعي وعند ابي حنيفة
يقع في الحال وعند ابي يوسف بعد مضي الشهر او السنة ذكر ذلك كله
في خزانة الاكمل وفي المحيط لو قال امرك بيدك يوما او شهرا او سنة فلها
الخيار في جميع المدة ولا يبطل بالقيام والاعراض ولو قال انت طالق الى
سنة ولم يحك خلافا وهكذا ذكر في شرح مختصر عصام وفرق بان الطلاق
لا يتوقت فلو وقع بعد مضي السنة بطل التاقيت بخلاف الامر باليد
قلت الى لانتها الغاية فلا بد للانتها من الابتدا ولا يجوز ان يكون الابتدا
هو الانتها فوجب ان يقع في الحال كما لو قال من الساعة الى شهر كذا او الى

سنة

سنة وقوله كما لو قال في شهر كذا او في سنة كذا باطل او حمل كله الى على كلمة
في لا اصل له وقوله لانه يحتمل التاقيت في الايقاع كقول الرجل انا خارج
الى سنة كذا وفساده هذا ظاهر وهذا الاستعمال ممنوع وليس من كلام
العرب فلو سلم فهو اولى بخالف له لانه حمل الى هذا على التعدية وهنا
جعلها بمعنى في الظرفية حتى اوقع الطلاق في اول الشهر والسنة
وهو تخليط وفي شرح المدونة لابن يونس قال ابو القاسم لو قال لها اختاري
نفسك اليوم كله ولم تختر حتى مضى اليوم ففي قول مالك الاخير لها الخيار
وان مضى اليوم وتفرقا ما لم توقف او توطأ وعند ابن القاسم لا خيار لها
بعد مضي اليوم قال وعليه جماعة الناس وهو مروي عن عمر وغيره
وعلى قوله الثاني اعتبره بخيار العتق عنده وابطل التاقيت باليوم
بغير دليل مع مخالفة الجماعة وفي المدونة قال اذا جاء غد فقد خيرتك
وقعت الان فيقتضي ان يرد فان وطيها قبل غد فلا شي بيدها وعندنا
لا خيار قبل الغد فلا يبطل خيارها بجماعها قبله وهو قول جمهور اهل
العلم ولو قال لها اذا قدم ولا يحال بينها وبينه وان وطيها الزوج بعد
قدوم فلان ولم يعلم بقدومه الا بعد زمان فلها ان تختار نفسها حين تعلم
وفي المدونة قال انت طالق غدا ان شئت فقالت انا طالق الساعة او قال
لها انت طالق الساعة ان شئت فقالت انا طالق غدا وقع الطلاق بينهما
مكانها وفي الانوار قال ابو حنيفة امرك بيدك واحدة الا ان ينوي ثلاثا
والخيار لا يكون طلاقا وان نواه وفي المقدمات مثله وقال ابو عمر ابن عبد البر
في باب الخيار قال ابو حنيفة من خير امراته ينوي ثلاثا فهو ثلاث قلت نقل
الجمع خطا عن ابي حنيفة والصواب انه يقع به الطلقة البائنة اذا نواه
ولا يقع به الثلاث بخلاف الامر باليد وقد تقدم **قوله** ولو قال امرك
بيدك يوم يقدم فلان فقدم ولم يعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها
والمدرك فيه ان اليوم يتناول بياض النهار كالنهار ويتناول مطلق الوقت
من ليل ونهار فان قرن به ما يمتد يراد به الوقت الممتد من طلوع الفجر الى
غروب الشمس كالصوم والامر باليد فانه مما يمتد ولهذا يضرب له الاجل
فيقال امرك بيدك يوما وشهرا او سنة وقد تقدم الكلام على ذلك ولو قال انت
طالق يوم يقدم فلان فقدم ليلا لا تطلق ومنهم من حكم بوقوعه وحمل اليوم
على مطلق الزمان كقولنا اذا لم يعلم بقدومه حتى جن الليل فقد خرج وقت

خيارها ولا يبقى بعدها العرب جن الليل جنونا ويقال ايضا جنة الليل واجنة
الليل بمعنى وجنان الليل اي ظلامه وقال لولا جنان الليل ادرك ركبنا بذي
الرمث والارطى عياض بن ناشب قال ابن السكيت ويروى جنون الليل اي شدة
ما ستره من ظلمته وجنت الشيء واجننته اي واريته وجن الرجل فهو مجنون
ولا يقال له جنه الله وانما يقال اجنه الله ولا يقال جن على القياس ومعناه في الصحيح
وان اجعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما او اكثر فالامر بيدها ما لم تقم في عمل يدل
على الاعراض وقد ذكرنا وجه ذلك وما فيه من المذاهب المختلفة ثم ان كانت
تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها ولا
يعتبر مجلسه لما فيه من معنى التعليق في حقه بخلاف البيع لان ذلك تمليك محض
اذ تمليك العين لا يقبل التعليق بالشرط فاذا اعتبر مجلسها فالمجلس يتبدل تارة
بالتحول عنه ومرة بالاخذ في العمل الاخر مما فيه ويخرج الامر من يدها بمجرد
القيام وان لم يتبدل المجلس به لوجود دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي
والقعود اجمع له ولو كانت قائمة فقعدت فهي على خيارها لانه دليل الاقبال
عليه وان القعود اجمع للرأي ولهذا كان عكسه مبطلا لخيارها وقال الثوري
ان كانت جالسة فقامت فلا خيار لها وان كانت قائمة فجلست فهي على خيارها
وهو قول جابر بن زيد كقولنا واذا كانت قاعدة فاتكت او متكية فقعدت انه
انتقال من جلسة الى جلسة مثلها فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت
قال صاحب الكتاب هذه رواية الجامع الصغير وقال في غيره اذا كانت قاعدة
فاتكت فلا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان دليل الاعراض
والاول اصح يقال احتبى الرجل اذا جمع ظهره وساقيه بعمامته او بيديه ذكره
الجوهري وفي المرغيناني لو كانت قاعدة فاتكات قال الحلواني لا يبطل خيارها
في ظاهر الرواية وفي الذخيرة عن ابي يوسف يبطل ولو كانت قاعدة فاضطجعت
عن ابي يوسف روايتان فيه قال الحلواني ان وضعت وسادة ووضع رأسها
عليها مضطجعة قيل لا يبطل خيارها وقيل يبطل وفي المحيط هو ظاهر الرواية
وفي البدايع عن ابي يوسف فيه روايتان عن رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية
الحسن بن ابي مالك عنه يبطل وهو قول زفر وان ذهب بطعام فاكلت او نامت
او امتشطت او اختضبت يبطل خيارها ذكره في الذخيرة والخزانة وفي البدايع
ان نامت قاعدة لا يبطل خيارها وقال مالك لا يبطل ذكره ابن يونس في شرح
المدونة وهو قول ابي ثور ولو جامعها زوجها بطل خيارها ولو شربت ماء او

نسيت

نسيت ثيابها من غير قيام لا يبطل خيارها ذكره في الذخيرة والخزانة وفي المحيط لو
كانت قاعدة فاتكات او متكية فقعدت او اتسحت او قرات او اكلت شيا يسيرا
او لبست او شربت ما لم يبطل خيارها ولو قالت ادع لي ابي استشيره او شهودا اشهدهم
فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر
بمشاورة اصحابه فالمراة وهي ناقصة الرأي اولى بذلك وكذا الاشهاد للتحرز من الجحود فلا
يدل على الاعراض وفي الذخيرة والمرغيناني اذا لم تجد احدا يدعو اليها بالشهود
فقامت بنفسها ولم تنتقل لتدعوا بالشهود قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل
على الاعراض وقيل يبطل لتبدل المجلس وان لم يوجد منها اعراض ولا تعذر في تبدل
المجلس بدليل بطلانه باقامتها من مجلسها الا عن اختيار ونص عليه محمد في المحيط
وفيه ايضا ان قامت لتدعوا بالشهود ولم تتحول عن مكانها لم يبطل خيارها لانها
مضطرة الى القيام للاستدعاء وان تحولت فيبطل لتبدل المجلس وقيل لا يبطل لعدم
الاعراض **قوله** وان كانت تسير وهي على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها
وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها كما عرف والسفينة
بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على وقفها وراكب
الدابة يقدر على وقفها وتسييرها كيف شاء وفي جوامع الفقه لا يبطل خيارها
بسير السفينة الا في رواية عن ابي يوسف اذا كانت واقفة فسارت وفي المحمل يقوده
الجمال وهما فيه لا يبطل ويبطل بالنزول عن الدابة بخلاف القعود من القيام وكذا لو
كانت قائمة فركبت او ركبت فانتقلت الى دابة اخرى وان كانت سائرة فوقفت فهي
على خيارها ولو اخبرت بالشفعة ينبغي ان يقول احرسدا وفي الذخيرة والمحيط ان
السفينة السائرة والبيت ولو خيرها وهو في المكتوبة او الوتر لا يبطل خيارها وكذا
في ركعتين من السنن او النفل المطلق يتمها ركعتين وفي الاربع ان قامت الى الثالثة
والرابعة بطل وكذا ذكر الاسبيجابي ولم يذكر غيره وعن محمد في الاربع قبل الظهر
يتمها وهو الصحيح ولا يبطل به خيارها ذكره في المحيط وفي البدايع ان ابتدأت الصلاة بطل
فرضا كانت او نفلا ولو جعل امرها بيدها ثم طلقها بائنا خرج الامر من يدها في ظاهر
الرواية وعن محمد في الاربع قبل الظهر يتمها وهو الصحيح ولا يبطل به خيارها ذكره
في المحيط وفي البدايع وعن ابي حنيفة وابي يوسف في رواية النوادر ولا تخرج
وبالرجعي لا تخرج بلا خلاف وقد تقدم جنسها قبل هذا وفي شرح المدونة لابن يونس
ان خيرها في صلاة فريضة او نافلة فسلمت اربعا لا يقطع ذلك ما بيدها وان زادت
على اربع فهي تاركة ولو قالت كنت اخترت نفسي فقال لم تختاري فالقول لها قلت ينبغي

ان يكون الفوز له لانها لا تملك الانشا فلا تملك الاختيار لما عرف من القاعدة ان من لم يملك
الانشا لا يملك الاختيار ومن ملك الانشا ملك الاختيار للتهمة في الاول دون الثانية
وفي الذخيرة قال لامراته امر ثلاث تطليقات اليك فقالت لم لا تطلقني بلسانك ثم
قالت طلقت نفسي تطليقة طلقة لان ذلك ليس برد ولا اعراض قال وفيه نوع
نظر لانه يتبدل به المجلس من حيث انه كلام زايد وان قال امرك بيدك وامر
فلانة بيدك فطلقت فلانة ثم طلقت نفسها يقع عليهما الا ان المجلس لم يتبدل
ولم يوجد منها الرد ولو جعل امرها بيد غيرها ثم العرض اليه طلق امراته لا تخرج
الامر من يده قالت طلقني فقال لها الحقي باهلك وقال لم انو فهو مصدق ولا يقع
به وكذا لو قال طلقي نفسك فقالت الحقت نفسي باهلي لا تطلق هكذا في الذخيرة
قلت هذا خالف ما تقدم من الكتاب ثم مال المذاكرة للطلاق انه لا يفتقر الى النية
وذكرنا ان في اعتداد المكرر ثلثا ولو نوي بالاولى طلاقا وبالباقيتين التاكيد
لا يصدق لانها في حال مذاكرة الطلاق وذكر في المحيط والبدايع حكما وتعليلا

فروع ذكرها في الزيادات والمحيط واصلها ان الصريح لا يحتاج الى
التفسير والفا للتفسير ثم للتعليل ثم للعطف عند تعذرهما واذا ذكر الخيار
والامر باليد معا وكان كل واحد منهما تفويضا على حدة وان ذكرها
في اخرها تفسيرا كان ذلك تفسيرا لما يليه دون ما قبله وان ذكرها العطف
ثم ذكر التفسير كان ذلك تفسيرا للكل وصريح الطلاق يصلح تفسيرا وجوابا
للامر باليد والتخيير والاختيار يصلح تفسيرا للامر باليد لان التخيير
اقل احتمالا من الامر باليد والامر باليد لا يصلح تفسيرا للاختيار لانه اكثر
ابهاما من الاختيار فاذا قال امرك بيدك فطلقي نفسك او قال اختاري
فطلقي نفسك فقالت طلقت نفسي يقع واحدة باينة لان الفا للتفسير لان
الامر باليد والتخيير كل واحد منهما مبهم وقد فسره بقوله طلقي نفسك
فكان وقوعه بالكناية المفسرة بالطلاق لا بالتفسير وهو باين ويحلف على
ارادة الثلاث في الامر دون التخيير لما مر وكذا لو قال ما حسك ان تطلقي
نفسك او قال لم لا تطلقين نفسك لانه دليل ارادة الطلاق ولو قال امرك
بيدك وطلقي نفسك فقالت اخترت نفسي لا يقع شي ان لم ينو الزوج الطلاق
لان قولها اخترت لا يصلح جوابا للصريح والمبهم صار لغوا لعدم النية
والتفسير ولو قالت طلقت نفسي يقع طلقة رجعية بالصريح الا ان يكون قد
نوي الثلاث بقوله فطلقي نفسك ولو قال امرك بيدك واختاري وطلقي نفسك

فاختارت

فاختارت نفسها لم يقع شي لما مر وكذا لو قال امرك بيدك واختاري فاختاري
او قال اختاري وامرك بيدك لان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولو قال امرك
بيدك واختاري فطلقي نفسك فاختارت نفسها طلقت ثنتين مع يمينه
ان لم يرد الثلاث بالامر لان التفسير ينصرف اليهما وقوعا بائنتين لان قولها
اخترت يصلح جوابا لهما وكذا لو قال اختاري واختاري وطلقي نفسك او قال
امرك بيدك وامرك بيدك فطلقي نفسك فاختارت نفسها يقع طلقة
باينة باختيار الاخير ولو قال امرك بيدك فاختاري او قال اختاري فامرك
بيدك فالحكم الامر باليد حتى لو نوى الثلاث يقع فان انكرها واقر بواحدة
حلف لان الامر يصلح علة والاختيار يصلح حكما لا علة فكان الحكم للامر تقدم
وكذا لو قال امرك بيدك فطلقي نفسك او قال طلقي نفسك فامرك بيدك فالحكم
للامر لانه علة فيقع به طلقة باينة لانه لا يصلح للتفسير لان قوله طلقي
مفسر ولو قال امرك بيدك فاختاري فطلقي نفسك فاختارت بانت بواحدة
بالامر لان قوله فاختاري يصلح تفسيرا له لان فيه نوع بيان وتمامه بقوله فطلقي
نفسك لانه تفسير لقوله فاختاري فكان الاختيار المفسر تفسيرا للامر باليد
فيقع واحدة باينة عند عدم نية الثلاث ولو قال اختاري فاختاري او واختاري
فطلقي نفسك او قال امرك بيدك فطلقي نفسك او قال امرك بيدك فامرك بيدك
فطلقي نفسك او قال امرك بيدك وامرك بيدك فطلقي نفسك يقع بائنتان لان
المبهم الثاني لا يصلح تفسيرا للاول فلا علة له لان المبهم لا يفسر بمبهم مثله
والشي لا يكون علة لنفسه فتعين ان يكونا تفويضين فكان قوله طلقي نفسك
تفسيرا لهما ولو قال طلقي نفسك فاختاري فاختارت نفسها يقع واحدة
باينة وان طلقت فبائنتان لان الفا للعطف فكانا تفويضين وقولها
اخترت يصلح جوابا للتخيير دون الصريح فيقع واحدة باينة وقولها طلقت
نفسي يصلح جوابا لهما فوقع ثنتان باينتان وتمامها يعرف من الزيادات
والمحيط

فصل في المشيئة قوله

ومن قال لامراته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي
واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها
وهو اجماع ولا اعتبار لخلاف الظاهرية وعندهم لا يجوز ايقاعها وتوكيل غيره
بالطلاق ولا اضافة الطلاق الى الزمان المستقبل وفي البدايع لان معنى طلقي
حصلي الطلاق الذي هو اسم للمصدر وهو مطلوب الامر ومدلول عليه قال الله

تعالى اعدلوا هو اقرب للتقوى اى العدل الذى تطلبه اعدلوا وفى قاضيخان
طلقى مختصر من الكلام ومعلوله افعلى فعل الطلاق او التطليق فيتناول الاقل
مع احتمال الكل والمصدر اسم جنس وهو يحتمل ادنى الجنس وكله فعند عدم
النية او عدم نية الكل تحمل على الادنى وهو الواحده فاذا نوى كل الجنس وهو
الثلث حمل عليه لان المصدر له عموم فيحمل عليه عند نيته وقد ذكرنا هذه
المسله فى باب ايقاع الطلاق ونظيرها لو حلف لا يتزوج النسا او لا يشترى
العبيد فعند عدم النية يحنث بالواحد لانه اقل الجنس فاذا حصا ربالادنى
مع احتمال الاعلى فهنا اولى كيلا يقع الزايد على الادنى بالشك فاذا نوى كل
الجنس وهو الثلث صحت نيته كما لو نوى كل الجنس فى قوله لا اتزوج النساء
او لا اشترى العبيد ولا يحنث فيهما ابدا عند الكل وعند بعض مشايخنا
يحمل على كل الجنس عند الاطلاق كساير الفاظ العموم الا ان يتعذر للحقيقه
كالنسا والعبيد او شرعا كالثلاث فان ايقاعها جملة حرام وان طلقت نفسها
واحدة وقد نوى الزوج الثلاث وقعت واحده كما لو قال لها طلقى نفسك
ثلاثا فطلقت نفسها واحدة الا ان يكون قال لها طلقى نفسك بالف فطلقت
واحدة حيث لا يقع شى لانها لو وقعت لوقعت بثلث الالف ولم يرضى الزوج بملك
نفسها بذلك وان طلقت او طلقت نفسها ثنتين يقع واحده وعند زفر
والايمة الثلاثه يقع ثنتان فى الثانية وقد عرف وان لم ينو ثلثا وطلقت
نفسها ثلثا لا يقع شى عند ابى حنيفة وعندهما يقع واحدة وان نوى
ثنتين لم تصح نيته عند اصحابنا الثلاثه لان ذلك عدد ويقع واحده رجعية
لان التفويض اليها بصريح الطلاق وهو معقب للرجعة ونية الثنتين
تصح فى الامه لانها كل الجنس فى حقها وان قالت ابنت نفسى طلقت رجعية
وان قالت اخترت نفسى لم تطلق والفرق ان الابانه من الفاظ الطلاق حتى
لو قال لها ابنتك ينوى الطلاق يقع او قالت ابنت نفسى فقال الزوج قد
اجزت فالابانة وكانت موافقه للتفويض فى الاصل مخالفه فى زيادة وصف
البينونه فى الحال فلغا الوصف الزايد وثبت الاصل كما لو قالت طلقت
نفسى طلقه باينه بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال
لامراته خيرتك او اختارى ينوى الطلاق لم يقع ولو قالت ابتدا اخترت نفسى
فقال الزوج فقد اجزت لا يقع به شى الا انه عرف طلاقا اذا حصل جوابا للتخيير
وقوله طلقى نفسك ليس بتخيير وفى قاضيخان الطلاق الذى امرها به رجعى فاذا

انت

انت بالبينونه لغت البينونه للمخالفه وبقى اصل الطلاق وهو رجعى بعد الدخول
حتى لو كان ذلك قبل الدخول لم يكن مخالفه ولا يقال ان الطلاق ينقسم الى رجعى وباين
والمقيد بقيد لا يدخل تحت متيد بقيد اخر ولا يقال اذا بطلت البينونه ولغت
يبقى الواقع رجعيا الا انا نقول انما وقعت رجعية بعد بطلان الابانه لانه بعد ذلك
يبقى مسمى الطلاق وهو اعم من الرجعى والباين فاذا صح باعتبار الاصل فالرجعة
تابعة له بعد الدخول لانه لا يوجد فى الخارج الا موصوفا اما بالرجعة واما
بالبينونه وقد بطلت البينونه فيبقى الاول بحكم اصله ويرد عليه ما لو قال
امرك بيدك فطلقت رجعيا فانه يقع باينا والاصل لا يوافقه على البينونة
ويجاب عنه بان قولها طلقت نفسى يصلح جوابا للباين فيجعل جوابا ويلغو
قولها رجعية لعدم ملكها اياها بالتفويض وعن ابى حنيفة انه لا يقع
بقولها ابنت نفسى للمخالفه وفى المرغينانى قال لها امرك بيدك فاختارت
نفسها تكلموا فيه والمختار وقوع الطلاق وفى الكتاب ذكر المسله فى فصل الامر
باليد ولم يحك فيه خلاف قوله وان قال لها طلقى نفسك فليس له
ان يرجع عنه وبه قال مالك وابن جد ان من الشافعية واتفقنا على عدم صحة
الرجوع فى التعليق وجه قولنا ان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها
لصريح التعليق والفرق بين التفويض والبيع ان التفويض تمليك منها فلو صح
رجوعه بعد ما ملكت نفسها لبطل ملكها به وحده بخلاف البيع فانه لا يملك
للمشترى بعد ايجاب البايع قبل قبول المشترى فافترقا ولان الطلاق اسقاط
وهو قابل للتعليق بالشرط فكانه علقه به نصا والبيع لا يجوز تعليقه بالشرط
هكذا ذكر وهو مشكل فان البيع يجوز تعليقه بشرط هو من مقتضيات البيع
كاشتراط سلامة المبيع وتسليمه عند نقد الثمن ويجوز ذلك بل يجوز تعليقه
بما لا يكون من مقتضيات البيع ايضا معلقا بشرط القبول كالطلاق وفى
قاضيخان خيار القبول عرفا وشرعا بقوله عليه السلام البيعان بالخيار ما
لم يتفرقا فان قلت ويمكن ان يقال ان الطلاق قابل للتعليق بالشرط اى
شرط كان بخلاف البيع فانه لا يجوز تعليقه الا بشرط هو من مقتضيات البيع
فان ذلك يثبت بالسكوت من غير شرط وبما هو يلحق به استحسانا فحصل الفرق
بينهما فى الجملة ولا يقال ان النص الوارد فى البيع يكون واردا هنا لانا نذكر
الفرق وهو ان البيع يقع بغتة ونجاة والشرع جعله سبيلا من الرجوع قبل
ثبوت حق المشترى دفعا للضرر عنه والطلاق لا يكون الا بعد ترو وتامل

ولهذا يصح شرط في البيع دون الطلاق من جانب الزوج ولان البيع تمليك وهو
يقتضي سلامه والبايع بايجابه وحده لم يملك شيئا فلا يملك المشتري ولا ضرر
في الرجوع ولو كان الطلاق بعوض فقبل ان تقول المراة يصح رجوعه في احدى
الروايتين لما قلنا في الرواية الاخرى لا يصح رجوعه لان ملكها طلاقا لا
يتوقف على ملك الزوج البدل الا ترى انه لو قال لها طلقي نفسك على مية
او دم فطلقت نفسها على ذلك يقع وان لم يملك البدل فكان في الرجوع
ابطال ملك المراة على كل حال فان قيل اذا كان الطلاق مما يجوز تعليقه
بالشرط كان معلقا بالقبول كما ذكرتم وكان في التعليق الحقيقي فوجب ان لا
يكون له ولاية الرجوع في الاجنبي وفي طلاق ضرتها اذا قال لها طلقي
ضرتك لما قلتم انه معلق بشرط القبول قلت هو مشتمل على التمليك
والتعليق فان اعتبرناه تعليقا كان لازما فكان لازما بكل حال وبما ذكرتم
مشتمل على التعليق والتوكيل فالمعلق ان اقتضى اللزوم فالتوكيل يمنعه
فلا يثبت اللزوم بالشك ولان في لزومه ضررا ظاهرا على الزوج وفيه منع
جواز عزل الوكيل وهو خلاف القواعد وما ان كان ذلك الا في الوكالة المشروطة
في الرهن فان قامت من مجلسها بطل لانه تمليك كما تقدم في قوله امرك بيدك
واختاري بخلاف ما لو قال لاجنبي طلق امراتي او قال لها طلقي ضرتك حيث
لا يبطل بالقيام عن المجلس لان ذلك توكيل واستعانة بهما ومبناه على التوسعة
دون التضييق فلا يبطل بالقيام ولا يتقيد بالمجلس وفي المحيط والبدايع
وقاضيخان لو قال لها طلقي نفسك كان تمليكا يقتصر على المجلس فيتقيد
بالمجلس اولا وعند الشافعي توكيل فيهما والله اعلم قلت الصحيح من مذهب
الشافعي انه تمليك يجب جوابه على الفور وفي المجلس قولان ولا يبقى بعد
المجلس الا انه يملك الرجوع فيه عنده كالتوكيل عندنا وعند مالك تمليك
ولا يملك الرجوع لقولنا وعند ابن حنبل توكيل وقد ذكرنا ذلك في فصل
الامر باليد ودليل التمليك من ثلاثة اوجه اولها ان المالك هو الذي
يتصرف براي نفسه وتدبيره بهذه المثابة فكان قوله لها اختاري او
طلقي تمليكا منها بخلاف الاجنبي فان الراي والاختيار للزوج فيه فكان
توكيلا لا تمليكا الا ان يقول له امرها بيدك او طلقها ان شيت على ما ياتي
وثانيها ان المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف لنفسه والوكيل هو الذي يتصرف
لغيره عرف ذلك بالاستقراء والمراة عاملة لنفسها لانها ترفع قيد العن

عن

عن نفسها ومنفعة عملها لنفسها ومنفعة عمل الاجنبي يرجع الى غيره لا الى
نفسه ويرفع قيد العين عن غيره لا عن نفسه فكان توكيلا كساير التوكيلات
وثالثها ان قوله طلقي نفسك لا يناسب ان يجعل توكيلا لانها لا تصلح ان تكون
وكيلة في حق نفسها ويناسب ان تكون مالكة لنفسها في حق طلاقها بتمليك
زوجها بخلاف الاجنبي فان تطليقه تصرف في حق غيره فلا مانع من جعلها وكيلة عنه
في ذلك وكذا لو قال لها طلقي نفسك ان شيت فانه يقتصر على المجلس ولو قال
طلقي نفسك متى شيت فلها ان تطلق في المجلس وبعده وكذا متى شيت او
اذا ما شيت لا يتقيد بالمجلس ولو ردت الامر لم يكن ردا ولو اخذت في عمل
اخر او كلام اخر او قامت من المجلس فلها ان تطلق نفسها بعد ذلك اي وقت
شات لان متى واذا عامة في الاوقات فكانه قال لها طلقي نفسك في اي وقت
شيت وفي المبسوط قال انت طالق ان شيت او اردت او رضيت او احببت
او هويت فقالت شيت او نحوها طلقت واحدة رجعية وفي المغني وكذا اذا
او متى وكلما او اين وحيث واي وفي قوله طلقي نفسك ان شيت او اذا شيت
الى اخرها اذا قالت شيت ونحوها تعتبر الامر بيدها فلا يقع بايقاعها
بعد ذلك والفرق ان قوله انت طالق ان شيت ايقاع معلق بمشيتها فاذا
قالت شيت ونحوها طلقت لوجود شرطه وفي قوله طلقي نفسك ان شيت
تعليق تطليقها بمشيتها فلا بد من وجود الايقاع منها وفي الروضة قال
انت طالق ان شيت يشترط مشيتها في مسلة التواجب كالخلع وفيه قول
شاذ ومشية الاجنبي لا تشترط على الفور وفي الاصح وقيل كالزوجة
ورجحه المتولي وان لم يخاطبها بالمشية فقال زوجتي طالق ان شات
لم يشترط الفور على الاصح وقيل يشترط ان كانت حاضرة ولو قال ان شا
زيد لم يشترط الفور اتفاقا ولو قال ان شيت وشا فلان فمشيتها على
الفور وفي مشية فلان وجهان اصحهما عدم اشتراط الفور واذا كان
ولو قال متى شيت فشات في المجلس وبعده وفي الانوار قال لها امرك
بيدك ان شيت او اذا شيت ففي كتاب محمد ذلك واحد والامر بيدها
وان افترقا من المجلس وضعفه في ان شيت واذا قال لرجل طلق امراتي فله
ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع عنه بخلاف قوله لزوجته طلقي
نفسك لانه تمليك وقد ذكرنا ذلك وفي الرافعي لو قال لها وكلتك ان تطلقي
نفسك قال القاضي يحتمل ان يختص بالمجلس بخلاف توكيل الاجنبي لانه تسوية

سعة التمليك قال وهو متجه والله اعلم **قوله** ولو قال لرجل طلقها
ان شئت او قال امرها بيدك فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس له ان
يرجع عنه عند اصحابنا الثلاثة وبه قال مالك والليث والثوري ذكر قولهم
في الانوار وقال زفر هو والاول سوا ان التصريح بالمشيه كعدمه لانه يتصرف
عن مشيته وان لم ينص عليها فاشبه التوكيل بالبيع اذا قال له بع هذا العبد ان
شئت ولنا ان ذلك تمليك للتصرف منه حيث جعله متمكنا من يطلقها ان شا
او بنفسها في عصمته ان شا بخلاف المامور بالطلاق حيث لم يجعل له خيارا
في ذلك وهذا لان في المطلق يتصرف براي الامر ومشيته حتما فكان نايبا عنه
وفي المقيد يتصرف براي نفسه ومشيته واختياره التي جعلها الامر له
بنصه وهو معنى المالكية والاصل ان التوكيل لغة هو الابانة والاستعانة
بالغير والتفويض هو التسليم اليه بالكلية ومنه قوله تعا لحكاية
وافوض امري الى الله وكذلك سمي بعض مشايخنا الاول توكيلا والثاني تفويضا
والتمليك يقتصر على المجلس ولا يصح الرجوع فيه على ما مر بخلاف التوكيل
فيما لان التوكيل مبناه على التوسعة دون التقصير على نفسه فلا يتقيد
بالمجلس ولا يتعلق به اللزوم كما في جميع الوكالات فانه يملك عزل الوكيل على
ما تقدم ولان الغالب على الوكيل التصرف في غيبة الموكل لانه اذا كان
حاضرا يستغني عن الوكيل بنفسه فالتقييد بالمجلس يخرجه عن موضعه
الاصلي وقوله بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق بالشرط والطلاق يحتمله
قلت بع ان شئت تعليق للوكيل بالمشيه دون البيع والتوكيل يجوز تعليقه
بالشرط بلا خلاف ففي جوابه نظر وفي الحواشي واما قوله التصريح
بالمشيه كعدمه فالمشيه نوعان نوع يراد بها نفي الغلبة والاضطرار
فالوكيل بهذه المثابه ونوع يراد به ايثار الفعل على الترك او الترك
على الفعل ان اراد ذلك كالمالك الاصلي والوكيل غير موصوف بهذه المشيه
فتبين بهذا ان التصريح بالمشية ليس كعدمه ولانها لو حملت على نفي
الاضطرار لم يفد قوله ان شئت فان ذلك حاصل للوكيل قبله بالسكوت
عن تلك المشية وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي
واحدة وكذا لو طلقها ثنتين وقعتا او ثلثا واحدة بعد واحدة
وقال مالك لا يقع شي للمخالفه وان قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت
نفسها ثلثا لم يقع شي عند ابي حنيفة وزفر ومالك قال امام الحرمين

قول

قول ابي حنيفة عامضر وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وابن حنبل يقع
واحدة لموافقتها فيها والزيادة تلغو كما لو قالت طلقت نفسي واحدة
وواحدة وواحدة او قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي يقع واحده
رجعية وتلغو الابانه لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت الفا يقع
الثلاث ولو طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة وجوه تسعة الوجه
الاول ان وقوع الواحده اما ان يكون بطريق الاصاله مقصودة او في
ضمن وقوع الثلاث لا سبيل الى الاول لعدم وجودها منها اصاله وكذا
لم يوجد وقت وقوع الواحدة بطريق الاصاله لان ذلك انما يكون عند
فراغها من قولها نفسي وسكوتها عليه ووقت وقوعها مع الثلاث
عند قولها ثلاثا ولا وجه الى الثاني لان الزوج لم يملكها الثلاث فلم يقع الثلاث
اجماعا فلم يقع ما ضمنها لعدم وقوع المتضمن فلا يقع ما في ضمنها والوجه
الثاني انها اعرضت عما فوض اليها من الطلاق فتبطل التفويض ويخرج
الامر من يدها كما لو اشتغلت بكلام اخر او قامت من مجلسها الوجه
الثالث ان المفوض اليها واحده وهي ليست بعدد وما اتت به عدد فلا
يقع للمخالفة والوجه الرابع انها اتت بغير ما فوض اليها لفظا وحكما
فكان باطلا لان ما فوض اليها واحدة معقبة للرجعة وما اتت
به ثلاث لا يمكن فيها الرجعه والوجه الخامس ان الثلاث تثبت الحرمة
الغليظه في الحال وبعد العدة والواحده لا تخرجها عن كونها زوجة
في العدة وتخرجها بعد العدة ولكن لا تثبت الحرمة الغليظة والوجه
السادس انه ملكها واحدة مفردة لا في ضمن عدد فكان الذي اتت
به غير ما ملكته فلا يقع كما لو طلقت ضرتها لانه نص على الواحدة وهي
اتت بثلاث مجتمعه والثلاث لا يوجد فيها واحدة لانها ملكت الثلاث
مجتمعه ومتفرقه على ما مر كيف شات حتى لو اوقعتها جملة او اثنتين
وواحدة بعد واحدة وقعت الثلاث ملكت افرادها واجزاها ضرورة ان
من ملك الكل ملك الجزا قطعا وهنا لم تملك الثلاث في جوابها فلا يصح في
البعض لانه من اجزاما لم تملكه وحكم البعض حكم الكل في الصحة والبطلان والوجه
السابع انه لو شهد شاهد انه طلقها واحده وشهد اخر انه
طلقها ثلاثا وحكم الحاكم بذلك كله ثم رجعوا ضمن شاهد الثلاث دون الواحدة
دلت على المغايره ذكره في الجامع والوجه الثامن وبه يحصل الفرق

بين المسئلتين ان في الاولى هي ممتثلة بايقاع الواحدة فانها يمكنها ان تطلق
الثانية والثالثة بعد ذلك ولا كذلك فيما ان طلقها ثلاثا فانه لا يمكنها
ان تدفع بعده واحدة بالاجماع والوجه التاسع انها لما زادت في الجواب
كانت مبتدية كما لو قال تعالى بعد مضي مقالة ان بعد اليوم ادعا
الجواب ممتنع لما عرف في الجامع وهكذا استدل به لابي حنيفة في
المبسوط فيتوقف على اجازته وبخلاف ما اذا طلقت نفسها واحدة
وواحدة وواحدة فان الواحدة الاولى وقعت اصالة لوجود لفظ
الاصالة وقت وقوعها وما بعدها موقوف على اجازته وبخلاف ما
اذا قالت ابنت نفسي فان ذلك غير مسلم والفرق بعد التسليم ان الابانة
من الفاظ الطلاق الواحد الا انها زادت صفة البينونة فلغت
وبقي اصل الواحدة وهي رجعية الثلاث بالالف ممنوع والفرق ان الزيادة
على الثلاث فيه لغو اذ لا يجيز لما خلاف مسئلتنا وينصرف بحكم الملك
اصالة فلا مانع في حقه من الزيادة والنقص وهذا لانها تصلح ان تكون
مجيزة للزوج بما في ضمن كلام الزوج ولا يصلح ان تكون مجيبة له بما في
ضمن كلامها لان المتضمن يثبت بحسب المتضمن فاذا كانت مبتدية
في المتضمن لم يصح بحسبه في الضمن كمن شهد انه قال لها انت خلية وشهد
اخر انه قال لها انت برية في حال مذاكرة الطلاق لا يقضى بشي وان اتفقا
على الطلاق البائن لان في ضمن كل واحد من اللفظ لم يثبت واحد منهما
للاختلاف في اللفظ والمعنى فلا يثبت ما في ضمنها وفي المرغيناني قال
لها طلقي امراة من نسائي فطلقت الكل يقع على كل واحدة وكان ينبغي
ان لا تقع عنده والفرق ان الثلث عدد خاص لا يقع على ما دون الثلاث
والواحدة خاص ايضا واحد الاجناس لا يؤخذ من الاجزا واسم النسا
لفظ عام وارادة الخصوص من العموم جائزة هذا اذا ثبت انه ايضا
قوله وان امرها بطلاق تملك الرجعة فطلقت باينا وامرها
بالباين فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج قال معنى الاول ان يقول
لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فطلقت نفسها واحدة
باينة تقع رجعية وكذا لو قال لها طلقي نفسك قبل الدخول فيلغوا
الوصف للمخالفة في الوصف دون الاصل لما ذكرنا ومعنى الثاني ان يقول لها
طلقي نفسك واحدة باينة فطلقت رجعية فتقع بالوصف الذي عينه

الزوج

الزوج وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شيت فطلقت واحدة لم يقع شي
لعدم وجود الشرط وهو مشية الثلاث بخلاف المسئلة وكذا ذكر ابن
يونس قول مالك في شرح المدونة والنواوي قول الشافعي في الروضة
ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شيت فطلقت ثلاثا لم يقع شي
عند ابي حنيفة كما بيناه على اصله وعندهما يقع بناء على ما تقدم
وفي شرح المدونة يقع واحدة عند مالك كقول الشافعي وابن حنبل
في التتمة وكذا عندهما فيه وقال ابن النصار لا يلزمه شي كقول ابي حنيفة
ولو قال لها انت طالق ان شيت فقالت شيت ان شيت ينوي الطلاق
لا يقع شي وخرج الامر من يدها ومثله في الروضة للنواوي وحكى
وجها غريبا ضعيفا انه يقع اذا قال الزوج شيت قال ابن المنذر
اجمع كل من يحفظ عنه من العلما انها ردت الامر ولا يقع وان شا فلان
لانه لم يوجد منها مشية وانما وجد تعليق المشية بالشرط وكذا
لو قالت شيت غدا لانه معلق بمشيتها المنجز دون المعلقة
والمضافة وانما لم يقع بقول الزوج شيت وان نوى الطلاق لان
الطلاق غير مذكور في كلام المراة ولا بعد قوله شيت والنية المجردة
لا تعمل حتى لو قال الزوج شيت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدا
والمشية تنبئ عن الوجود لانها مصدر كالمسير والمبيت والمحيي
والمختص والمرجع مثل شيت شيا والشي مصدر في الاصل وهو اسم
للموجود عند اهل السنة بخلاف قوله اردت طلاقك ونواه لا يقع
لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا لو قال احببت او هويت لان الارادة والمحبة
والهوى ليست عامة بخلاف المشية حتى لو قال انت طالق ان شيت
فقالت احببت لا تقع وفي عكسها يقع ذكر ذلك في المبسوط ورضيت
طلاقك كشيت في قاضي خان وفي المرغيناني ان قال لها اريدي طلاقك
او احبي او اهوى فقالت فعلت كان باطلا لان ذلك نوع يمين وليست
من الفاظ الطلاق ولو قال لها شائي طلاقك فقالت شيت يقع لانه
اسم للموجود عند اهل السنة كانه قال لها اوجدي طلاقك وبه تقع
وفي المبسوط لو قال لها انت طالق ثلاثا فقالت شيت واحدة وواحدة
وواحدة طلقت ثلاثا دخل بها او لا لان مشية الثلاث شرط فلا تقع
الواحدة حتى تشا الثلاث حتى لو قالت شيت واحدة وسكتت لا يقع شي

وانما يقع في شاى طلاقك بالنية بمنزلة قوله اختاري الطلاق فقالت
قد اخترت لانه يحتمل اختاري الطلاق لا طلقك فاعتبرت نية الطلاق
الايقاع ولو قال طلقي نفسك واحدة ان شئت فقالت طلقت نفسي واحده
لان للايقاع مشيه وزيادة وان قالت شئت ان شا ابي او شئت ان كان كذا
الامر لم يجي بعد لم يقع لعدم تفويض تعليق المشية اليها وبطل الامر وان
قالت شئت ان كان كذا الامر قد طلقت لان التعليق بالكاين تنجيز كالاضافة
الى الموجود وكقوله انت طالق يوم الاحد وهو فيه يقع فلم يكن النية بالتعليق
حقيقه فيقع فلا يخرج الامر من يدها وفي الزيادات قال انت طالق
بمشية الله او لاراده او لرضاه او لسهواه او لمحبته او لامره او لحكمته
او لارثه او لعلمه او لقدرته يقع في الحال واللام للتعليل كقوله انت
حر لوجه الله او لرضاه وتمامه فيه قال الشهيد في شرحه لا يسبب
السهو الى الله تعالى لانه شي من الميل قلت ولهذا لم يذكره في قاضي خان
في حق الله وجعل الالفاظ عشرة نقص من السهو وزاد القضا وانما
ذكر السهو العاني ولم يذكر القضا واستغنى عنه بالحكم وعن علي
رضي الله عنه ان الله تعالى يقول لا يوثر هواي على هواه الا جعلت همته
في الاخرة وغناه في قلبه وضمنت السموات والارض قسمة رزقه واتته
الدنيا وهي راغمه ذكره الناسي في كتاب الاعلام بالحروف الواقعه في
صدر الاسلام وفي المغني ان قال اردت بذلك الشرط دين وقال القاضي
من الحنابله يقبل في الحكم فانه تستعمل للشرط كقوله انت طالق للسنه
وهو اظهر الوجهين للشافعية والله اعلم قلت ليست اللام في قوله
للسنة للشرط بل هي للوقت كقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس
ويقول اتيك لصلاة الظهر اي لوقت صلاة الظهر فان كانت وقت السنة
وجود ايقع في الحال والا فان مضافا الى وقت السنه وفي الروضه قال
لها انت طالق ان شئت فقالت شئت بلسانها وهي كاذبة بقلبها
طلقت في الظاهر كقولنا قال وفي الباطن وجهان قال القفال يقع
قال البغوي وهو الاصح وقال الرافعي في المحرر الصحيح الوقوع وقال
القاضي حسين الى عدم الوقوع بخلاف الاخبار بالحيض كاذبة لانه يمكن
معرفتها من جهة غيرها ولو دخلت الارادة دون اللفظ لم يقع على
قول القفال وعلى قول ابي يعقوب الابيوردي وجهان وفي المغني قال
انت طالق ان احببت او اردت او كرهت يحتمل ان يقع بقولها كالمشيه

او

او يتعلق بما يكون في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلا عليه فعلى
هذا الواقع بوجوده يقع وان لم تتلفظ به فان قالت انا احب ذلك
ثم قالت انا كنت كاذبة لم تطلق وفيه ايضا قال انت طالق واحدة الا
ان تشائي ثلثا او يشا ابوك ثلثا فلم يشا شيا او شاا اقل من ثلث
طلقت واحدة وان قالت قد شئت ثلثا او قال ابوها شئت ثلثا
قال ابو بكر لم تطلق ثلثا قال وقال ابو حنيفة والشافعي لا تطلق
اذا شئت ثلثا لان الاستثنا من الاثبات نفي تقديره انت طالق
واحدة الا ان تشائي ثلثا فلا تطلق وقال القاضي فيها وجهان
احدهما لا تطلق كما ذكره والثاني تطلق ثلاثا لان السابق الى الفهم
ايقاع الثلاث اذا شاءت الثلاث كقولك خذ درهما الا ان تريد اكثر
منه وان قال انت طالق ثلاثا الا ان تشائي واحدة فقالت قد شئت
واحدة طلقت واحدة عند ابي بكر وعلى قولهم لا تطلق شيا وفي
الروضة مثله وان قالت او قال ابوها شئت ثلاثا لم يقع على الاصح في الجامع
قال انت طالق ان شئت انا حتى شا يقع ولا يقتصر على المجلس لانه تعليق
لدخول الدار وليس بتمليك لان تمليك المالك محال ومثله في الروضه
للنواوي وفي الاشراف اختلفوا في الرجل يملك امر امراته رجلين بشرط
اجتماعهما في الطلاق قاله الحسن والاوزاعي والثوري ومالك
والشافعي وابو ثور وابو عبيد قال ابن المنذر هذا صحيح كقول اصحابنا
الثلاثه وقال زفر ينفرد احدهما به فان قال طلق احدهما ثلثا والاخر
واحده يقع واحدة عندنا وفي جوامع الفقه لاتفاقهما عليه وبه قال
ابن حنبل وابن راهويه واختاره عبد الملك واصبغ من المالكيه وقال
مالك لا يقع شي وان طلق احدهما ورد الاخر لا يقع شي وان قال الزهري
هي طالق وعن ابن القاسم ملك امرها ثلثه تطلق احدهم واحدة والاخر
ثنتين والثالث ثلاثا تقع واحدة لاتفاقهم عليها ذكره في شرح
المدونه ولو جعل امرها بيدها الى اجل فالامر بيدها كذلك وقال
الحسن وقتادة الامر بيدها ما لم يصبها والله اعلم **قوله**
وان قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما
شئت فردت الامر الى المشية لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس وان كان عند
الشافعيه ذكره في الروضه في كتاب محمد قال وان اسوا ولا يقتصر على

المجلس وضعفه اصبغ في ان شئت وان عند ابن حنبل كيفية للحروف ولا يقتصر
على المجلس وقد ذكرنا ذلك كله قبل هذا اما كلمة متى ومتى ما فلا خلاف فيهما
لانهما لعموم الوقت فكانه قال في اي وقت شئت ولا يعين ردها لانه ملكها
الطلاق في الوقت الذي تشا الطلاق فيه فلم يكن مالكه قبله ولا يرتد ولا
تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق
في اي زمان شات ولا تملك تطليقا بعد تطليق لان الذي يقتضي التكرار كلما
لا غير وفي اذا ما ومتى ما خلاف شاذ ذكره ابن الحاجب في الامالي واما كلمة اذا
واذا ما فيهما عندهما ومتى سوا وعند ابي حنيفة وان كان جهة الشرط
راجحة فقد استعمل للوقت استعمالا ظاهرا على ما تقدم وقد صار الامر بيدها
فلا تخرج بالشك وهو ظرف لما يستقبل من الزمان فكان الطلاق مضافا الى
وقت مشيتها للطلاق فالحاقها بان التي لا يدل على الوقت النية ضعيفة
وكذا الحاقه بان اذا ضعيف كما ضعفه اصبغ وتضعيفه صحيح لما ذكرنا ولو
قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى
تطلق نفسها ثلاثا لانها تفيد تكرار الفعل على ما ياتي في الباب الذي ياتي
بعده ان شا الله تعالى وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة لانها
تقتضي التكرار والانفراد دون عموم الجمع والعموم ماخوذ من قول الزوج
وقوله انت طالق لا يحتمل الثلاث وتفيد تفويضه بالملك القايم دون ما
يستحدثه بعد زوج اخر لان ذلك مستحدث ولم يذكر في الكتاب ولا في الجامع
الصغير لقاضي خان لانه هل لها ردها ام لا وذكر في البدايع انه يرتد بالرد
فانه قال فيه سوا كان التمليك بكلمة كلما او بدونها فان قال لها امرك بيدك
كلما شئت لان اختيارها وجعله للتمليك فيرتد بالرد ما جعل لها في جميع
الاوقات وفي اذا شيت ومتى شيت لا يتقيد بالمجلس ولا يرتد بالرد ولا
بالاشتغال بعمل اخر ولا بكلام اخر ولا بالقيام من مجلسها انتهى كلام صاحب
البدايع وفي المبسوط وجوامع الفقه لا يبطل بالرد في كلما شئت ايضا
قلت وهذا الذي يوافق قواعد الفقه وفي المدونة قال انت طالق كلما
جا يوم او شهر او سنة طلقت مكانه ثلاثا ولا تطلق بعد الزوج لان
الملك الذي فيه قد ذهب فهو كقولنا الذي قدمناه وفي المدونة لو قال
كلما تزوجتك فانت طالق او قال فلك الخيار في الطلاق واقع والخيار لها كلما
تزوجتك وان نكحها بعد ثلاث تطليقات ولو قال لها انت طالق حيث شئت

او

او اين شئت لم تطلق حتى تشا وان قامت من مجلسها او ردت فلا مشية لها
كان سبب لان حيث واين للمكان والطلاق لا يختص بالمكان حتى لو قال لها انت
طالق في الدار وقع في الحال وان لم يكن فيها فيلغو ذكره ويبقى مطلق المشية
فيقتصر على المجلس وان في مثل ان يتعلق ان استغنيا ما وشرطا بخلاف
الزمان فان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره
خصوصا كقوله انت طالق غدا في اي وقت شيت ولم يخالف فيه الا مالك
فانه ذكر في شرح المدونة لابن يونس انه لو قال لها انت طالق غدا
ان شيت فقالت انا طالق الساعة ان شيت فقالت انا طالق غدا وقع
الطلاق فيها في الحال ولم يتعلق بالزمان وهذا عجب عجيب فان قيل لما
لغوا قوله حيث واين لما ذكرتم بقي قوله انت طالق ان شيت ولو قال
هكذا يقع منجزا فوجب ان يكون هنا كذلك قيل له ان تعذر حملها على
الظرفية لم يتعذر ذلك من حيث الشرط فيحمل عليه لمقارنة بينهما
من حيث ان الظرف يجمع المظروف كما ان الجزا يتوقف على الشرط كما في
قوله انت طالق في دخولك قال ابن عمرون في شرح المفصل حيث ظرف
مكان وليس في ظرف المكان ما يضاف الى الجملة غيرها ولانها بها اضافت
الى ان يضاف الى الجملة نزل اسمها اسما نحو اذ واذا في الزمان واجاز الاخفش
ان تكون ظرف زمان واحتج بقوله للفتى عقل يعيش به حيث تهدي
ساقه قدمه قال اراد مدة حياته وهذا يقوي تعليقه لان له اختصاصا صح
بالزمان ويحتمل مكان هدايته وقد يضاف الى المفرد قال ونحن قلنا
بالعلاة معلقا وقد كان منكم حيث لي النعايم ومثله اما ترى حيث سهيل
طالعا نحو سهيل ورفعه وقد يتصل بها ما فيجازي بها القول حيث
ما تكن اكن وفيها ست لغات مشهورة بالياء والواو وكل منهما بالحركات
الثلاث والعم ما يحمل على قبل وبعد قوله ولو قال لها انت طالق
كيف شئت طلقت في الحال طلقة رجعية قبل المشية فان قالت قد شئت
واحدة باينة او قالت شئت ثلاثا وقال الزوج نويت ذلك فهو كما نوى
اما اذا شات ثلاث والزوج نوى واحدة باينة او على القلب لا يتغير ما
وقع من الطلقة الرجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي
ايقاع الزوج وقوله انت طالق لا يحتمل نية الثلاث وان لم تحضره النية
يعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير وفي الحواشي قال بعض

مشايخنا المتاخرين اذا لم ينو الزوج شيا وشاءت الزوجة ثلاثا او واحدة
باينا وقع ذلك بالاتفاق على الاختلاف بين الاصلين اما على قول ابي حنيفة
رضي الله عنه ولان الزوجة اقامها مقام نفسه في وصف الطلاق وللزوج
ان يجعل الطلقة الرجعية باينة وثلثا بايقاع اثنتين بعدها على اصله
فكذا من قام مقامه واما على اصلهما فلتفويض اصل الطلاق على اي وصف
شاءت قال علي رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما لا يقع شي ما لم توقعه المراة فتشا واحدة رجعية او باينة
او ثلاثا قال وعلى هذا الخلاف العتق يعني في المال عند ابي حنيفة
رحمة الله عليه ويلغو الوصف وكذا الطلاق قبل الدخول وعندهما
لا يترك الايقاع للزوجة او العبد هكذا ذكر في المبسوط ايضا
وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قامت من مجلسها ولم توقع شيا طلقت
واحدة رجعية عنده واختاره زيد والقفال من الشافعية وقال
ابو علي لا تطلق حتى يوجد انا مشيه ان لا تطلق قال البغوي ومثله
انت طالق على اي وجه شيت ذكره في الروضة وتظهر قبل الدخول
ايضا فانه لا خيار لها قبل الدخول عنده وعندهما لا يقع شي وفي
المغني قال انت طالق كيف شيت او ان شيت او اذا شيت او متى شيت او
كلما شيت او حيث شيت او اين شيت او اني شيت لا يقع شي حتى تشا
ولا يقتصر على المجلس وهو قول الزهري وقتادة في جميع الحروف
لابي يوسف ومحمد انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد
من تعليق اصله بمشيتها لتكون لها المشية في جميع الاحوال قبل
الدخول وبعده ولابي حنيفة ان كلمة كيف اصبحت قال كيف اصبحت
كيف امسيت مما يثبت الود في فواد الكريم فقال عرف هذا في طاعون
عمواس تعجبا كيف عاش حتى اتى عليه الصباح ودخل فيه وعمواس قيل
قيل ماخوذ من قولهم عم واسى تعجب كيف عاش لابن العباقي في الباعقيب
الغلا وقيل هو مكان بالشام كان اوله منه والتفويض في صفة
تستدعي وجود اصله ووجود وقوعه وقولهما فوض التطليق اليها
ممنوع ولهما قال انت طالق كيف شيت واجابوا عن قياسهما على كم من حيث
انه يفيد العموم ولا يتبع الا بايقاعها بانها تدخل في اصل العدد دون
صفته وكيف للصفة وللحال والله اعلم قلت فيه نظر لانه لو لم يدل على

العدد لما كان لها ايقاع الثلاث عند نية الزوج فقد حصلت في ذلك
بمنزلة كم وفي المحيط قال انت طالق كيف شا الله طلقت للحال لانه للتحقيق
دون التعليق احكام نحويه في كيف انها ليست ظرفا خلافا للاخفش
بدليل ابدال الاسم منها في قولك كيف انت اصحيح ام سقيم وجاب بالاسم
ولو كان ظرفا لاجيب بالظرف كما في متى يقول متى جيت فيقول يوم الجمعة
ولا يجازى بكيف لانك اذا قلت كيف تكن اكن كان معناه على اي حال اكن
فقد ضمنت له ان يكون على احواله وصفاته كلها واحوال الانسان
كثيرة يتعذر ان يكون المجازى عليها كلها خلاف متى ومتى ما وايما
فانه لا يتعذر المجازى بها فان قلت يلزمكم ذلك اذا رفعتم الفعلين
وهو جائز والله تعالى اعلم قلت الفرق لنا اذا رفعنا الفعل فانما يقدر ان
هذا الكلام قد خرج على حال علمها المجازى ولم يكن هذا التقدير
في الجزم لان الاصل في المجازاة بالجزم ان لا يكون ذلك معلوما واصل
المجازاة ان تكون بان وانت اذا قلت ان قمت قمت بوقت القيام غير
معلوم فبطل ان تقدر كيف واقعة على حال معلوم لانها تخرج عن
الابهام فيتعذر الجزم بها على تقدير حال معلوم ولهذا كان استعمالها
للشرط اذا دخلت ما ضعيفا عند البصريين وجوزه الكوفيون
فيهما قوله ولو قال لها انت طالق كم شيت او ما شيت طلقت
نفسها ما شاءت اما كم فهي هاهنا الخبرية وهي للتكثير في اصل
وضعها والكثرة انما تكون بعد العشرة لكن تستعمل ما وضع للتكثير
للتقليل كقوله تعالى ثلثة قروء فيجوز لها ان تطلق نفسها واحدة
وثنتين وثلاثا لانها من العدد فان قامت من المجلس او ردت الامر
من يدها كما في التمليكات المطلقة وبيان دلالتها على كثرة العدد
قول الفرزدق
كم عمة لك يا جرير وخالة ،، فدعا قد حلبت على عشاري
اي كثير من العمات والخالات التي كانت راعية لي والعشار جمع العشر
او هي الناقة التي اتى عليها من مدة حملها عشرة اشهر وقال ابن
خروف وقيل هي التي اتى عليها من مدة وضعها عشرة اشهر وهذا
اليق بالبيت لقوله حلبت وفي صحاح الجوهري العشار من الابل
هي الحامل ثم تضع فهي اسمها بمنزلة الرايب هو اللبن اذا احمر حتى

ينزع منه زبده وهو اسم على حاله قال ابو عبيد والقد التي بين
كفها وساعدها ربع وقد تكون في القدم بينها وبين عظم الساق
وعد حوفي الجوبة باضمار من قال في الحلل والرماح يحفض بكم الاستغنا
منه قال الوحدي الحفض في الاستغنا منه باظهار من مذهب
سيبويه وقال ابو الحسن الحذر نفس كما انه بنفس رب وما يلي
كم في ذلك وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها
واحدة وثنتين ولا يطلقها ثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
تطلق ثلاثا ان شات وعلى هذا الخلاف لو قال طلق من نسائي من شئت
او اعتق من عبيدي من شئت فله ان يطلق جميع نسايه ولا ان يعتق
عبيده كلهم عنده وعندهما له ذلك واجمعوا على انه لو قال من شاءت
من نسائي طلاقها فهي طالق او فطلقها فشئتين وطلقهن كلهن لهما
ان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فحمل على تمييز
الجنس من ساير الاعداد وان كان الثلاث لا مزيد لها في الطلاق لان
ذلك ليس من جهة اللغة وكانت من محتمله وما في العموم محكمه والمحتمل
يحمل على المحكم فصار كما لو قال كل من طعام ما شئت وطلق من نسائي من شاءت
طلاقها ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقية في التبعيض وما للتعميم فيعمل
بالتبعيض وعموم ما في ما عدا الواحده ليكون العمل بهما وتخصيص
العام اولى من ترك اللفظ الاخر والتمييز شرطه تقدم عام او مجمل كقوله
تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والوثن فان الرجس اعم من الوثن ب الأوثـ
فتعين ان المراد بالرجس انما هو الاوثان ولا كذلك ما نحن فيه فان قيل
فيه تقديم وتاخير والمراد بذلك طلق نفسك ما شئت من الثلاث قلت
هذا التقديم والتاخير لا يجزيك نفعا فانه حينئذ يكون مامورا بالثلاث
نصا فلا عموم حينئذ لما ولا معنى لقوله ما شئت مع الامر بالثلاث وانما ترك
التبعيض في الدلالة اظهار السماحة وهنا الامر بالعكس وفيه
ايقاع الزايد بالاحتمال والشك ولعموم الصغر في مشيتهن ومشية
العبيد ولو طلقت نفسها ثلاثا لم يقع شي عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لان الثلاث غير مامور بايقاعها عنده وقد مر اصله وفي المبسوط قال
انت طالق زمان شئت او حين شئت فهو بمنزلة قوله اذا شئت فلا يقتصر
على المجلس ولو قال انت طالق امر ان شئت يقتصر على المجلس لانه لو لم يقل

ان

ان شئت لم يقع في الحال وكان قوله امر لغو فكذا اذا قال ان شئت فيكون
تعليقا ولو قال ان شئت فانت طالق اذا شئت فهما مشيتان احدهما
على المجلس بقوله ان شئت والاخرى مطلقة بقوله اذا شئت لكن المطلقه
معلقه بالمشية الموقته وصارت المشية المطلقة منجزة فكانه
قال لها انت طالق اذا شئت فمتى شئت بعد هذا طلقت في الحال وان لم
يقل شيئا حتى قامت من المجلس فلا مشية لها لان شرط المطلقة ان يوجد
والمقيدة بطلت بالقيام قال ولم يذكر في الكتاب اذا شئت فانت
طالق ان شئت وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان عند زفر هما سوا
لان التقديم والتاخير واحد فهذا كالاول وعند ابي يوسف المعتبر
هنا المشية المطلقة فيما اذا شات في المجلس او بعده طلقت فان
المشية المطلقة اعم فلا يظهر بعدها المقيده والموقتة ولو قال
طلقها ثلاثا فقال قد فعلت كان ثلاثا والله تعالى اعلم بالصواب

باب الأيمان في الطلاق

قوله واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامراة
ان تزوجتك فانت طالق او كل امراة اتزوجها فهي طالق وبه قال عمر بن الخطاب
وابن مسعود وابن عمر وابو بكر بن عمرو بن حزم وابو بكر بن عبد الرحمن وشريح
والزهري وسعيد ابن المسيب والنخعي والشعبي ومكحول وسالم بن عبد الله
وعطا وحماد ابن ابي سليمان في اخرين وهو قول مالك وربيعة والاوزاعي والقسم
وعمر بن عبد العزيز وابن ابي ليلى لكن قالوا هذا اذا لم يعم بل عين امراة او
قال كل امراة اتزوجها من بني تميم او بني اسد بان عين قبيلة او بلدة وقال
الشافعي وابن حنبل لا يقع ويروى ذلك عن علي وابن عباس وعايشة وهو قول
الظاهرية وفيه قول رابع وهو انه ان نكح لم يومر بالفراق وان لم يكن نكح
لم يومر به قاله ابو عبيد وفيه قول خامس وهو انه يصح تعليق العتق بالملك
دون الطلاق وهو رواية عن ابن حنبل لمالك ومن معه ابن في التعميم سد
باب النكاح فلا يصح بخلاف ما لو قال كل امراة اتزوجها فهي علي كظهر امي
حيث يصح مظاهرا مع العموم لان الحرمة ترتفع بكفارة واحدة فلا سد فيه
وبخلاف كل بكر اتزوجها او كل ثيب اتزوجها لعدم العموم وللشافعي ما
روى عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا

نذر لابن ادم فيما لا يملك ولا طلاق فيما لا يملك ولا عتاق فيما لا يملك ولا بيع فيما لا يملك
رواه ابن حنبل والترمذي وحسنه وعن المسور بن مخرمة عن النبي عليه السلام
انه قال لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك رواه ابن ماجة وابن حنبل وعن معاذ
ابن جبل عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يجوز طلاق ولا عتاق ولا بيع
ولا وفاء نذر فيما لا يملك رواه الدارقطني وساق مثله وقد ضعف هذه الاحاديث
احمد بن حنبل وقال ابو الفرج روي من طرق عشرة بعض مع موافقة مذهبه
وقال القاضي ابو بكر ابن العربي الاشبيلي اخبارهم ليس لها اصل في الصحة فلا تشتغل
بها ولان من المعقول انه نكاح غير ممكن من التوالد مع التاقيت لوقوع الطلاق
الثلاث عقيبه فلا يشرع وعند نيسابور واصبهان وما وراء النهر ان
الطلاق تصرف في الملك مفتقر الى محل ان شا نجزه وان شا علقه فاذا عدم
المحل لم يتوقف الحكم عليه كما اذا عدمت الاهلية بان قال في جنونه اذا عقلت
فامراتي طالق او قال اذا انكحت وذكروا للشافعي وجها اخر وقال انه
عمد ان من لا يملك الطلاق المنجز لا يملك المضاف والمعلق كالصبي
وفي البسيط التعليق بالملك انشا تصرف في حالة ولاية له على المحل فلا يصح
هذا مجموع مداركهم واختلفوا في سياقة هذا الاصل في مسايل احداها الالتزام
في الذمة كالنذر وهو صحيح على الاطلاق وان كان انشا تصرف في غير ملك من غير
ولاية على المحل قالوا لانه ليس بشرط قوله لله علي ان اعتق عبدا بعينه من
الاعيان حتى يعتبر فيه الولاية على المحل وانما هو تصرف في الذمة بالتزام
ما لم يلتزمه والذمة مملوكة له ولو اشار الى عبد معين لغيره فقال لله
علي ان اعتق هذا العبد يلغو وان قال ان ملكته فلله علي ان اعتقه ففيه
خلاف عندهم ولا خلاف في غير المعين انه يصح وعن سعيد والاصمعي انهما
قالا فيها ما لم يكن سيل قبل المطر وهذه المدارك تلخيص مدارك القوم
في المسلة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جايز الا طلاق الصبي
والمجنون وقد تقدم سنده فلا يخرج ذلك عن العموم بما لا يثبت ولانه
اضاف الطلاق الى حالة يملك ايقاعه فيها وهو اهل فيتبع اصله تعليق
طلاق زوجته بدخول الدار وهذه عبارة اهل العراق وكبرا خراسان
وعبارة اهل ما وراء النهر هذا اطلاق صدر من اهله فلا يلغو بغير دليل
اصله التعليق المتقدم قال ابو بكر ابن العربي وهذا صحيح وذلك لانه مكلف
عاقل بالغ نطق كلامه بنظم مفهوم وعلقه على وصف صحيح والطلاق يقبل

التعليق

التعليق والاضافة وقد اضافه الى حالة يملك ايقاعه فيها وهي النكاح كما لو سدد
السهم وبالغ النزع ونبذ الوتر فانه قبل السهم وانتهى الى المرمي فخرج عدا
الرامي جارحا بما اكتسب من فعله حتى وجب عليه بذلك القصاص والتاثير
الحكمي بعد انتظام شروطه كالتاثير الحسي ووجه اخر متفق عليه من
المسجد الاقصى مبدا العلم غربا الى تركستان شرقا قالوا حكم يصح تعليقه
على الاغرار والاخطار فيصح اضافته الى الملك كالنذر ورد الوصية
بان قالوا الوصية مخالفة لمسلتنا لانها تصح بعد الموت قلنا هذا
تقوية للاصل ومن قوي اصلا بفرق لم يلزم الجواب وهو فن من الجدل غريب
وطريقة ما وراء النهر المخصوصة بهم ان التعليق بالملك يمين في الحال فلا
يشترط لصحته قيام الملك في الحال كاليمين بالله تعالى وتحقيقه ان اليمين
يتناول الحالف بايجاب ما حلف عليه فليس لها محل الا الحالف وليس
بطلاق في الحال وانما يصير طلاقا عند وجود الملك في المال وفي المحيط
هذا يمين لمنع النفس من النكاح اذ اليمين بغير الله تعالى ذكر شرط وجزا لما
عرف في ايمان الجامع وغيره وانما يصير تطليقا بعد الملك واثره قبله
في منع مباشرة الشرط لخوف لزوم الجزا لتحقق الملك عنده فلا مانع عنه
ذلك من وقوعه وقال الغزالي في الوسيط اذا قال ان حلفت بطلاقك فانت
طالق ثم علق بالتعليق بدخول الدار لانه حلف وهو قول مالك وبيان انه ليس
بتطليق في الحال ان التطليق ايقاع الطلاق ولا ايقاع في الحال فلا تطليق فيه
وانما هو يمين فاذا وجد شرطها وترك جزاوها صار تطليقا عند ذلك والعلة
لا تسبق المعلول زمانا لاستحالة ان يسبقها بالذات ولانه لو كان تطليقا في
الحال وهو علة للطلاق لوجدت العلة مع تخلف الحكم عنها وذلك تخصيص
العلة ولم يجوزه مشايخ سمرقند وبخاري وما وراء النهر وكذا مشايخ خراسان
واجازه مشايخ العراق واعتبروه بتخصيص العام ووجه الاول انه لا طريق
الى صحة العلة المستنبطة سوى جريانها مع معلولها فاذا لم تجر معه لم يكن
الى صحتها طريق ولان العلة الشرعية كالعلل العقلية فكما لا يجوز التخصيص
في العلل العقلية فكذا لا يجوز في العلل الشرعية وفي المحصول وجود العلة
مع عدم الحكم في صورة التخصيص يقتضي القطع بانه ليس بعلة وهذا اختيار
ابن الخطيب وسوا كان ذلك بمعارض او بغير معارض اذ لو كان تخصيصها جايزا بسبب
بالمعارض لكان انتفا المعارض داخلا في العلة في حق الحكم ولا يمكن اثبات الحكم في فرع

من الفروع بدون العلة وعدم المعارض وانتفاوه لا يجوز ان يكون جزء العلة
المؤثرة وهذا لان اقتضا العلة للحكم اما ان يعتبر فيه انتفا المعارض ودلك
يقتضي ان الحاصل قبل انتفا المعارض ليس علة فحينئذ لا يكون التعليق علة
لوقوع الطلاق قبل النكاح لوجود المعارض وان لم يعتبر فسوا حصل
المعارض او لم يحصل يكون الحكم حاصلا وذلك لا يقدح في كونه معارضا
والفرض خلافه ولانه اذا تردد الامر بين ان يكون العلة موجودة
وتخلف الحكم عنها لمانع وبين ان تكون العلة منتفيه لعدم ترتب الحكم
عليها فعدم العلة اولى لان تخلف الحكم عن العلة على خلاف الاصل
وعدم العلة مع عدم الحكم اصل ولان الشي لا يثبت لانتفا مانعه
بل انما يثبت لوجود مقتضيه فثبوت الحكم يقتضي وجود علته لانه
لا يثبت بدونها وعدم الحكم يدل على عدم العلة والالات عاطلة
وفي الاحكام العلة الشرعية اذا دل الدليل على تعلق الحكم بها امتنع
تخصيصها كالعلل العقلية فان قالوا العلة المستنبطة امارة يجوز
تخصيصها كالمنصوصه قلنا هذا ممنوع بل هي موثرة ولان تخلف الحكم
عن الامارة والعلامة تخرجها عن كونها امارة وعلامه كزوال الشمس
وغروبها وكتعريف كل جز من اجزا العالم لوجود الصانع سبحانه
وصفاته العليه كالموثرة والعلل موجبه وهي الموثرة وداعية
وهي الباعثه وامارة وهي العلامه وفي غاية الامل في علم الجدل
العلل اما منصوصه او مستنبطه بالمناسبة او الدوران
فالمستنبطه اما موثره واما امارة وهي ان تجعل الوصف علامة على الحكم
من غير اقتضا كما في زوال الشمس وغروبها واما بمعنى الباعث والداعي
وهو كل وصف يتضمن مصلحة او مفسدة فبعث الشارع لاجل التحصيل
او التكميل او لاجل الدفع او التقليل وليست بمعنى الامارة والعلامة
والمعرف والمرشد ثم الفرق بين شطر العلة وشرطها ان
شطر العلة الوصف المناسب او المتضمن لمعنى مناسب وما يقف
عليه الحكم وما لا يناسب هو الشرط قاله الغزالي في شفا الغليل
فالحاصل ان الشرط ما يتوقف عليه تاثير المؤثر وليس نفس المؤثر
ولا جزءه وفي شرح المحصول للاصبهاني والمانعون من تخصيص العلة
يقولون تخلف الحكم عن العلة في بعض الصور يقدح في علية الوصف المدعي

علية

عليته وللاصوليين اقوال ستة طرفان واوساط اربعة القول الاول
يقدح مطلقا كانت العلة منصوصة او مستنبطه وتخلف الحكم لمانع وهو
اختيار فخر الدين ابن الخطيب الرازي ومقابله لا يقدح مطلقا وهما
طرفان والاول من الاوساط يقدح بشرط عدم التنصيص او الايما
او الاجماع والثاني بشرط ان لا يظهر في محل التخلف ما يصلح ان يكون مستندا
له والا فلا والثالث ان ينعطف عليه قيد من محل التخلف والرابع من
الاوساط ان لا يكون من صور الاستثنا والا قدح فيه وقال ابو بكر ابن
فورك الاصبهاني تخصيص العلة المستنبطة لا يجوز عند الشافعي وهي
العلة الثابتة من المناسبة والدوران وفي الاحكام للسيف الامدي
اكثر اصحاب الشافعي على جواز العلة المستنبطه وقد قيل هو منقول
عن الشافعي وقال امام الحرمين في البرهان ذهب معظم الاصوليين الى
ان النقض يبطل العلة المستنبطه وقال الاصبهاني العلة الموجبه لا
يتصور عليتها مع انتقاضها وان كان معرفا امكن والموثرة موجبه
بجعل الله تعالى وقد ورد ان السرقه توجب القطع والزنا يوجب الجلد
او الرجم وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال لرجل قال لامراة ان نكحها
فهي علي كظهر امي ان نكحتها فلا تقربها حتى تكفر بمحضر من الصحابة من
غير انكار فكان اجماعا ذكره سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف واي فرق
بين قوله لله علي ان اعتق عبدا ولا عبد عنده وبين قوله ان اشتريت
عبدا فهو حر لوجه الله وكذا قوله ان ملكت عبدا فلله علي ان اعتقه
وبين قوله ان ملكت عبدا فهو حر لله وقد صححوا الاول ولم يصححوا الثاني
فيهما وهو تحكم ودعوى وقد قالوا ان العبد اذا قال لزوجته ان دخلت
الدار فانت طالق ثلاثا ثم دخلت بعد حريته تطلق ثلاثا وان لم يملك الطلقه
الثالثه عند التعليق لا انشا ولا اضافه ولا تعليقا وكذا لو قال
لجاريته الولد الذي تلدينه حر ولا ولد في بطنها عند هذا الكلام
ثم ولدت تعتق عند اكثرهم ذكره في البسيط فبطل قولهم انه لا يملك التعليق
والاضافة الا من ملك التنجيز وقد خالفوا الحديث الذي رووا لا عتق فيما
لا يملك ولو قال لزوجته ان طلقتك ثلاثا ونكحتك فدخلت الدار فانت
طالق فظاهر المذهب ان التعليق لا يصح لانه صرح بتعليق الطلاق قبل الملك
ومنهم من اوقع الطلاق اذا نكحها ودخلت كمذهبنا ولو قال ان نكحتك فقد

وكلتك في طلاقك نقل عن القاضي وجهان وفي روضة المجهول المثبته
للطلاق مقدم على نافيه ذكره الشيخ ابو عبد الله البصري عن الشيخ ابي
الحسن الكرخي وكذا الحاظر مقدم على المبيح هذا لو سلم دلالة ما ذكروه
على نفيه او اباحته وقد ذكرنا ما دل احاديثهم انها لا تثبت وفيها
ولا وفا نذر ولم يعملوا به ولا يجوز ان يحتج الانسان ببعض الحديث الذي
يوافق مذهبه ويترك الذي يخالفه ونحن نقول بموجبها فانا لم نوقع
الطلاق والعتاق في غير الملك وما اوقعناه الا في الملك ولو ثبتت
فالمراد بها نفي التنجيز والحمل ما ثور عن الزهري والشعبي ومكحول
وسالم وغيرهم والجواب عن قولهم انه نكاح غير ممكن من التوالد ممنوع فانها
لو جاءت بولد لستة اشهر من وقت النكاح يثبت نسبه مع انه ليس
من شرط صحة التزوج التوالد لانه يجوز التزوج بالايسة الهرمة
ولا توالد هناك والفرق بينه وبين النكاح الموقت ان الطلاق لا
يكون الا في النكاح الصحيح وهو تقرر النكاح ومعنى وقته في الموقت
لا يتقرر والجواب عن قولهم الطلاق تصرف في ملك مفتقر الى محل فاذا عدم
المحل لم يتوقف الحكم عليه كما اذا عدمت الاهلية بان قال وهو مجنون
اذا اعقلت فانت طالق او اذا انكحتك قال ابو بكر ابن العربي لا يلتبسوا
فان اردتم انه تصرف في الملك فيه معجلا فهو موضع الخلاف وان اردتم
انه يظهر موجلا فهو مذهبنا وان قلتم لو جاز تاجيله لجاز تعجيله
بان يقول لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا اذا عجله اضافه الى
غير محله واذا اجله اضافه الى محله وعلقه قال وهذا التحقيق بالغ لا مخرج
لهم منه وقياسهم على تعليق المجنون باطل لانه ليس له عبارة ولا قول
ملزم بخلاف العاقل فلم يصح تعليقه ومثله الصبي وقول من قال السيل
لا يسبق المطر كلام صحيح وليس قوله مما نحن فيه فان الطلاق لم يقع
قبل النكاح حتى يكون نظير ان السيل جا بعد المطر الوابل ولم
يقع قبل النكاح ينظر ذلك هذا القايل وقوله اذا اضاف الطلاق
الى النكاح وقع عقيب النكاح وتمثيله غير مطابق لانه تعليق
محض بحرف الشرط ولو اضافه الى النكاح لا يقع كما لو قال انت طالق
مع نكاحك او في نكاحك ذكره في الجامع بخلاف انت طالق مع تزوجي اياك
وهي مشكلة والفرق انه لما اضاف التزوج الى فاعله واستوفى مفعوله

جعل

مع

جعل التزوج مجازا عن الملك لانه سببه وحمله مع التعدية تصحيحا له
وفي نكاحك لم يذكر الفاعل فالكلام ناقص وجاز ان يقدر بعد النكاح
فلا يقع ويصح النكاح وقوله لانه تصرف يمين ويقع في الاضافة ايضا
وان لم يكن يمينا كما لو قال انت طالق يوم اتزوجك فانها تطلق اذا تزوجها
لثبوت الملك عنده ذكره في المحيط وغيره سؤال الحيلة لمن قال لزوجته
ان لم اطلقك اليوم ثلاثا فانت طالق ثلاثا ان يطلقها ثلاثا على مال
ولا تقبل وقيل او يعلق طلاقها الثلاث بشرط ولا يوجد الشرط وهذا
دليل على ان الطلاق المعلق بالشرط تطليق في الحال ولهذا بر في يمينه
وهو خلاف ما يقوله اصحابنا في التعليقات وفي الفتاوى الحسامية
ان يعلقها بمشيتها ولا تشا اما لو علقها بدخول الدار لا يبر وفي
كتاب ابن بشير لو قال كل بكر اتزوجها طالق وكل ثيب اتزوجها طالق
فيه ثلاثة اقوال احدها لزومه وهو سد باب النكاح بعينه ثانيها
يلزم الاول دون الثاني وهو الجاري على المشهور ثالثها كل التعميم
من الاصل قلنا لا سد فيه على ما يقتضيه كلام العرب لان كلمة كل تقتضي
التعميم دون التكرير فلا سد ومن اوقعه كلما تزوج فقد خالف لغة
العرب وهل يكون ملك اليمين كالنكاح فيه قولان والمشهور مثله
قوله واذا اضافه الى الشرط وقع عقيب الشرط ومراده في
التعليق به مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا اجماع
ولان الملك قايم والاصل في كل ثابت دوامه واستمراره فصح يمينا وايقاعا
يعني بالاجماع والا لا فتفتقر كونه يمينا وايقاعا الى الملك في الحال عندنا
بخلاف ما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها ودخلت
الدار لا تطلق لعدم صحة اليمين وشذ ابن ابي ليلى وقال تطلق لان المعلق
بالشرط كالملفوظ به عند وجود الشرط والملك عند ذلك موجود ثم
المعلق بالشرط يتاخر عنه كما ذكر والمضاف يقارن الوقت المضاف اليه
لان الاضافة سبب في الحال والمعلق سببيته معلق بالشرط فيتاخر الحكم
عنه ضرورة وانما كان كذلك لان المضيف مريد للحكم والمعلق غير مريد له
لان غرضه المنع من ايجاد الشرط فلم يكن مريدا للايقاع الطلاق عند
التعليق لا محالة ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف او المضيف
مالكا او كانت في علاقة الملك بان كانت في عدة الطلاق او اضافه الملك

الى

او السبب الملك بان قال ان ملكتك فانت طالق او تزوجتك فانت طالق لان
الجزا لابد ان يكون ظاهر اللزوم ليكون مخيفا ما نعا من مباشرة الشرط
لخوفه لزوم الجزا فيتحقق معنى اليمين بذلك وهو التقوية ولزوم الجزا
ظاهر في الملك القايم ومقطوع به في المضاف الى الملك والمضاف الى
سبب الملك كالمضاف الى الملك وفيه خلاف بشر المريسي ذكره في الجامع
وجه قوله ان الملك يثبت عقيب سببه وهذا السبب شرط لوقوع
الطلاق فيقع عقيبه فيكون مقارنا لثبوت الملك والطلاق المقارن
لثبوت الملك اولزوالد لا يقع كما لو قال انت طالق مع نكاحك او مع موتي
او مع موتك لا يقع قال محمد رحمه الله حمل الكلام على الصحة اولى من الغاية
فيكون قد ذكر السبب واراد به المسبب فكانه قال في قوله ان تزوجتك
او ملكتك بالتزوج وهو من اقوى طرق المجاز وكذا اذا ذكر المسبب وارادة
سببه والاول اقوى لان السبب المعين يستدعي المسبب المعين والمسبب
المعين لا يستدعي السبب المعين لاحتمال ان يثبت المسبب المعين بسبب
اخر واستعملهما محمد رحمه الله في الجامع اما استعمال السبب وارادة المسبب
فما ذكرناه واما ذكر المسبب وارادة سببه فما ذكره محمد فيمن قال ان مشيت
ونوى به استطلاق البطن فانه يصدق اذا قال ان مشيت بكسر الشين
او قال مُشِّيت بفعل ما لم يسم فاعله اما الاول فانه يقال مشي يمشي مشيا مثل
عمي يعمى عمى اذا استعمل دوا يستطلق به البطن وقال محمد استطلاق البطن
سبب للمشي فيكون قد ذكر المسبب الذي هو المشي واراد به سببه الذي
هو استطلاق واما لو ذكره بالكسر كان نصا فيه فلا يفتقر الى النية
وينبغي ان يكون من الثلث الذي لم يفهمه الفرا وقد ادعى انه من الثلث
الذي فهمه ولم يرضه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق
ثم تزوجها فدخلت لم تطلق وقد ذكرناه وكذا لو قال لها انت طالق ثم
تزوجها يوم اكلمك او يوم يقدم فلان فتزوجها قبل التكليم والقدوم
ثم وجد الشرط لا يقع الطلاق لان الملك عند وجود الشرط غير مقطوع
به وهو ظاهر بل موهوم فلم يكن مخوفا **قوله** والفاظ الشرط ان
واذا واذاما وكل وكلما ومتى ومتى ما وفي جوامع الفقه حروف الشرط
ان واذا ومتى ومتى ما ولو ولولا وثم اذا دخلت على الفعل يعني به المصدر
والمراد بالحروف الادوات والالفاظ وقال ابن يعيش في شرح المفصل

الاسما

الاسما التي يجازى بها احد عشر من وما ومهما واي والظروف وهي اين
واني ومتى ومتيما وحيثما واذما واذاما وزاد عليها في الحلل في شرح
الجمل ايان وكيف ما عند الكوفيين ولم يذكر واكلا وكلما وجميعا تجزم مثل
ان وفي المغني الحروف المستعملة للشرط ستة ان واذا ومتى ومن
واي وكلما وفي الروضة للنووي الالفاظ التي يعلق بها الطلاق بالشرط
من وان واذا ومتى ومتى ما ومهما وكلما واي وليس فيها ما يقتضي
التكرار الا كلما قال صاحب الكتاب الشرط مشتق من العلامة وهذه
الالفاظ تليها افعال فتكون علامات على الحنث قلت الذي هو مشتق
من العلامة او هو العلامة الشرط بالتحريك هكذا في الصحاح والنهاية
لابن الاثير وجمعها اشراط ومنه اشراط الساعة اي علاماتها
وهي مقدمات الامر واصله صغاره قال **ـــــــــ** جرير
ترى شرط المعزى مهور نسائهم وفي شرط المعزى لهن مهور
وشرط الحاكم وشرط الايمان معروف بالسكون وجمعه شروط في
الكثرة واشرط في القلة كفلوس وافلس ومضارع شرط يشرط ويشرط
اعلم ان الشروط شرعية وعقلية وعرفية ولغوية فالشرعية
كالوضوء وستر العورة واستقبال القبلة وطهارة المكان والثوب
والبدن مع الصلاة فيلزم من وجود الصلاة موجود هذه الاشيا ولا يلزم
من وجود هذه الاشيا صحة الصلاة والشرط العقلي كالحياة مع العلم
يلزم من وجود العلم وجود الحياة ولا يلزم من وجود الحياة وجود العلم
والعرفية ويقال لها الشروط العادية ايضا كالسلم مع صعود السطح
وجود نصب السلم ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط والشروط
اللغوية مثل التعليقات كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق فانه يلزم
من وجود الشرط وجود المشروط فيلزم من دخول الدار وقوع الطلاق
ومن عدم الشرط عدم المشروط وهو عدم الطلاق قالوا وهو حقيقة
السبب ولهذا قال النحويون في الشرط والجزا لسببية الاول ومسببية
الثاني والمعتبر من المانع وجوده ومن الشرط عدمه ومن السبب
وجوده وعدمه مثاله السبب في الزكاة النصاب والشرط الحول والمانع
الدين ثم الذي لا يكون الا مستقبلا عشرة الشرط والجزا والامر والنهي
والدعا والوعد والوعيد والترجي والتمني والاباحة ولا يتصور

شئ من العشرة في الماضي ولا في الحاضر ثم كلمة إن حرف الشرط اي خالصة
له لانها حرف والاصل في العمل للحروف ولما كانت مختصة بالفعل عملت
العمل المختص به وهو الجزم وليس في كلام المجازاة حرف سوى ان واذما
عند سيبويه قال وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم
والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بها الافعال الا انه
الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل كل عبد اشتريته
وكل امراة اتزوجها فكذا ولهذا لم يذكرها النحاة في ادوات الشرط
وقد يتضمن المبتدا معنى الشرط فيصح دخول الفاء في الخبر وذلك
الاسم الموصول بفعل او ظرف والنكرة الموصوفة بهما مثل الذي
ياتيني فله درهم وكذا الذي في الدار فله درهم وكل رجل ياتيني فله درهم
وكل رجل في الدار فله درهم وان لم يات بالفاء جاز ان يكون ما ذكرناه
سببا لاستحقاق الدرهم وجاز ان لا يكون سببا والصفة المعتبرة كالشرط
كقولك المراة التي اتزوجها فهي طالق فاذا تزوج امراة طلقت وكذا لو
قال المراة التي تدخل الدار طالق تطلق اذا دخلت الدار قال في الذخيرة
ذكر ذلك بالفاء او بغيرها لانه ليس صريح الشرط ثم الجزاء اذا تاخر عن
الشرط ننظر ان افاد حرف الشرط الاستقبال فيه لا يجوز الفاء
كقولك ان قام زيد قام عمرو لان حرف الشرط ينقل فعل الشرط
والجزاء الى الاستقبال وكذا ان لم يقم زيد لم يقم عمرو لان لم تنقلهما
الى الماضي وان بعده تنقلهما الى الاستقبال فاثر فيهما فلا حاجة الى الفاء
وكذا ان تقم اقم معك فتقدم عمل حرف الشرط في اللفظ والمعنى فلا يجوز
فيه الفاء وان لم يؤثر في الجزاء لا في اللفظ ولا في المعنى وجب الفاء وذلك
في سبعة مواضع نظموها في بيت موزون طلبية واسمية وبجامد
وبما ولن وبقد وبالتنفيس فالطلبية الامر والنهي لان حرف
الشرط لم يؤثر فيهما الاستقبال لانهما مستقبلان والجملة الاسمية
لا دلالة لها على الزمان فلا بد من الفاء فيها ليرتبط بالشرط وفي
الجمل انما تعينت الفاء للجزاء لاجل الترتيب والتعقيب والتسبيب
ولا يوجد ذلك في غيرها من حروف العطف والجواب تابعه الفاء الا
الفاء وقد اذا دخلت على الماضي المحقق مثل ان اكرمتني اليوم فقد اكرمتك
امس والجامد عسى وليس وما ولن والسين وسوف للاستقبال فلا

تاثير

٢٢٦

تاثير لحرف الشرط فيها فيجب الفاء واختلفوا في قول الرجل انت طالق
ان دخلت الدار هل المتقدم هو الجزاء ام الجزاء متاخر مقدر فمذهب
المبرد ان المتقدم هو الجزاء ومذهب سيبويه ان المقدر هو الجزاء
لا عين المتقدم احتج المبرد بقوله تعالى حكاية عن قوم شعيب صلوات
الله عليه قد افترينا على الله كذبا ان عدنا في ملتكم فلو كان الاول الاخبار فلم
يكن جوابا كان كفرا فهذا دليل قوي له ولسيبويه ومن قال بقوله ان
حرف الشرط جازم للجزاء عامل فيه لفظا وموضعا والمجزوم لا يتقدم
على الجازم كالمجرور لا يتقدم على الجار والجزم محمول على الجر وهذا
لان حرف الشرط اقتضى الفعلين كما اقتضت كان المشبهة والمشبه
به فعملت فيهما وكما اقتضى ظننت مفعوليها وحرف الشرط
قد ظهر عمله في الفعل الذي بعده فلو كان الذي قبله جوابا كان
مجزوما ولم يوجد مجزوما البتة ولا قيل اقم ان تقم فعلم انه ليس بجواب
بل هو ساد مسد الجواب وحكمه حكم الجواب وليس باخبار ولا تنجيز
ولو كان الفعل الذي باشر حرف الشرط ماضيا يجوز في الجواب اذا
كان مضارعا الرفع والجزم قال وان اتاه خليل يوم مسئلة يقول
لا غائب مالي ولا حرم واما قوله يا اقرع بن حابس يا اقرع انك ان يصرع
اخوك تصرع فمذهب سيبويه ان تصرع خبر ان والشرط معترض بينهما
وجوابه محذوف اغنى عنه ما قبله ومذهب المبرد هو خبر مبتدا
محذوف اي فانت تصرع ذكره في اللباب ولو قال انت طالق ان دخلت
الدار بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لان ان للتعليل ولا
يشترط وجود العلة وقد وقعت المناظرة فيها بين محمد بن الحسن والكسائي
بين يدي الرشيد وكذا بين يدي محمد ويحيى بن اكثم بين يدي المامون
ايضا فزعم الكسائي ان ان بمعنى اذ واستدل عليه بقوله تعالى يمنون
عليك ان اسلموا وبقوله تعالى ان دعوا للرحمن ولدا اي اذ دعوا وبقوله
تعالى يخرجون الرسول واياكم ان تؤمنوا بالله ربكم وقول محمد مذهب البصريين
وقول الكسائي مذهب الكوفيين وهو منهم وان عند البصريين مصدرية
اي يمنون عليك باسلامهم وكذا ما قبله وما قاله محمد اولى لان جعل ان
بمعنى اذ لا اصل له وقال القاضي من الحنابلة قياس قول احمد ان كان القايل
نحويا يقع طلاقه وان لم يكن لا وعن ابن سماعة لا يقع طلاق النحوي ايضا

للعرف ولو قال ان دخلت الدار انت طالق يتنجز عند الجمهور فان نوى
تعليقه يدين وكذا ان نوى تقديمه وفي رواية عن ابي يوسف لا يتنجز
وبقا قال ابن حنبل وبعض الشافعية وقال ابن قدامة اذا امكن حمل كلام
العاقل على فايدة اولى من الغاية فان اضمرنا الفا حتى لا يلغو احرف
الشرط كقوله من يفعل الحسنات الله يشكرها الشر بالشر عند الله
مثلان قلت قوله هذا باطل بقوله ان دخلت الدار وانت طالق فان الشرط
فيه يلغو ويقع في الحال مع انه يمكن تعليقه حتى لو نواه يدين وفي الحكم
روايتان عندهم ولو قال انت طالق وان دخلت الدار تطلق في الحال
لان معناه في كل حال كقوله عليه الصلاة والسلام وان زنى وان سرق
وكقوله صلى الله عليه وسلم وان قطعوك وكذا لو قال ان دخلت الدار
وانت طالق وان نوى اضمار الفاء لا يدين لما فيه من اضمار الفاء وحذف
الواو الموحدة وان نوى تقديمه قيل يصح ويحمل الواو على الابتدا
وفيه ضعف لان واو الابتدا لا يستعمل في اول الكلام بحذف الاول
فان الوجهين فيه شايعان **قوله** وفي هذه الالفاظ وجد
الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار
لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقا لليمين بدون الشرط
الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال ومن ضرورته التكرار قال
الله كلما نضجت جلودهم الاية وقال كلما دخلت امة لعنت اختها
وقال كلما اوقدوا نارا للحرب اطفاها الله قال ابن عمرون في شرح
المفصل ليس في الكلام ما تقتضي التكرار الا كلما لان ما مع ما بعدها
مصدر فيكون معلقا بكل دخول وكل نعم حتى لو قال انت طالق بكل
دخول تعدد والعامل طالق في قوله فانت طالق قال ابو البقا لا يمنع
الفا من ذلك فانها كالزايدة ذكره في قوله تعالى واما بنعمة ربك
فحدث وقال ابن الحاجب الفا الجزائية لا يعمل ما بعدها فيما قبلها
وكذا اذا تضمن المبتدا معنى الشرط كقوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا وفي قولهم اما يوم الجمعة فزيد منطلق العامل في الظرف
الانطلاق هو المختار ومنهم من قدر عاملا نحو مهما يذكر يوم الجمعة
واستدل عليه بما لو قال اما يوم الجمعة فان زيدا منطلق فانه لا بد من
تقدير عامل فيه لان ما بعد ان لا يعمل فيما قبلها اتفاقا ثم قال لا فرق في

المنع

المنع فيما قلت قد نصوا على ان العامل في اذا الشرطية هو الجزا بعد
الفا كقولك اذا جا زيد فاكرمه وكقوله تعالى اذا جا نصر الله فسبح الاية
لانها مضاف اليه والمضاف اليه لا يعمل في المضاف وفي الحلل العامل في الظرف
الجازمة بجزومها وكل واحد من الجازم والمجزوم عامل في صاحبه
وعملهما مختلف فيجوز وفي طلاق المنتقى عن ابي يوسف اذا قال كلما تزوجت
امراة فهي طالق فتزوج امراة طلقت فان تزوجها ثانية لا تطلق ولا
يحنث في هذا مرتين وهو مثل قوله كل امراة اتزوجها وليس هذا
كقوله كلما تزوجتك اذا خاطبها او عاينها فالحاصل على قول ابي يوسف
على رواية المنتقى ان كلما اذا دخلت على المعينة اقتضت التكرار وفي غير
المعينة لا تقتضي التكرار واستوضح بمسايل منها اذا قال كلما اشتريت
هذا الثوب فهو صدقة وكلما ركبت هذه الدابة فعلي صدقة كذا
يلزمه بكل مرة ما التزم بها ولو قال كلما اشتريت ثوبا او قال كلما ركبت
دابة فعلي كذا لا يلزمه ذلك الا مرة واحدة ذكره في الذخيرة
مسئلة غريبة رجل قال لنسوة له من دخل منكن الدار فهي
طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة تطليقة لان الفعل
وهو الدخول في قوله من دخل منكن اضيف الى الجماعة فيراد به تعميم
الفعل عرفا مرة بعد مرة كقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فانه افاد
عموم الصيد يدل عليه ما ذكره محمد في السير الكبير اذا قال الامير
للعسكر من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما هكذا
في الذخيرة قلت لا حجة لمحمد رحمه الله في الاستشهاد بها اما العموم في
الصيد فهو مستفاد من قوله تعالى لا تقتلوا الصيد واللام للاستغراق
او الجنس فكان عاما ولان الواجب جزا الفعل وقيمة المتلف فيتعدد
بتعدده ضرورة ولا كذلك الطلاق والقتل على لا سيما هو نكرة في
سياق الشرط لاجل النسا ولو استشهد على التكرار بقوله تعالى
واذا رايت الذين يخوضون في اياتنا فاعرض عنهم واذا جاك الذين
يومنون باياتنا فقل سلام عليكم فان اذا في ذلك تفيد التكرار وذكر ابو
بكر من الحنابلة ان متى تقتضيه واستدل على ذلك بقول الحطيئة قال
متى تاته تعشو الى ضوء ناره ٭ تجد خير نار عندها خير موقد
يمدح بغيض بن شماس السعدي وبقول عبيد الله بن الحر قال

متى تأتنا تلمم بنا في ديارنا ** تجد حطبا جزلا ونارا تأججا ** وكذا
تستعمل اي للتكرار بقرينة والصحيح ما ذكرناه قبل هذا ومثال ذلك قول
الشاعر ايضا قحم اذا الشر ابدى ناجذيه لهم طاروا اليه زرافات ووحدانا
لكن لا تحمل على التكرار الا بدليل وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال اي
امراة اتزوجها فهي على امراة واحدة بخلاف كل امراة اتزوجها حيث
تعم بعموم الصفة وان كانت كلمة كل تنصرف الى الواحد اذا دخلت على ما لا
نهاية له ولم يعم اي بعموم الصفة وفي المغني لو قال انت طالق للسنة
يقع واحدة في وقت السنة قال وقال ابو حنيفة يقع الثلاث في ثلاثة
قروء بناء منه على ان هذا هو السنة عنده بل السنة عنده هي التي نقلت
من مذهبه والتفريق على اوقات السنة ايضا من السنة وهو دون
الاول انما ذكرت ذلك هنا لتبين ان الطلاق للسنة يقتضي التكرار
قوله فان تزوجها بعد زوج اخر وتكرر الشرط لا يقع شيء اذا
كان ذلك بعد الطلاق الثلاث وبه قال مالك ذكره في المدونة وفروق
القرافي والمنصوص للشافعي في الجديد ذكره في البسيط لان المحلوف
عليه الملك الموجود والمعدوم تحت يمين الموجود لانه موهوم وسياتي
تمامه ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت
امراة فهي طالق او قال كلما تزوجتك فانت طالق حنث بكل مرة وان كان
بعد زوج اخر لانه مضاف الى سبب الملك على ما تقدم وهو غير متناه
والمتناهي انما هو الملك القائم ولم يحلف عليه وهو قول مالك ذكره في
المقدمات لابن رشد وزوال الملك بعد اليمين لا يبطل الا باستيفا المحلوف
عليه فان اليمين لا يبقى بعده وذلك ان الشرط لم يوجد والجزا باق لبقا
محله فبقيت اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه وقع الطلاق وانحلت اليمين
ان لم تكن معلقة بشرط مكرر لان اليمين لا تبقى بعد زوال الجزا وان وجد
في غير الملك وغير معلقة الملك انحلت اليمين بوجود الشرط ولم يقع شي
لعدم المحلية وفي المغني لو قال لها ان كلمت اباك فانت طالق ثم ابانها ثم
تزوجها فكلمت اباها تطلق فان كلمت في حال البينونة ثم تزوجها ثم وجد
الشرط مرة اخرى فظاهر المذهب انها تطلق وعنه ما يدل على انها
لا تطلق وان ابانها بطلاق ثلاث ثم وجد الشرط في حال البينونة لا يقع
شي هذا قول ابي حنيفة ومالك واحد اقوال الشافعي قال ابن المنذر اجمع

كل

كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان الرجل اذا قال لزوجته انت طالق ثلاثا
ان دخلت الدار فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت
الدار انه لا يقع عليها الطلاق قال وهذا مذهب ابي حنيفة ومالك
والشافعي وقد ذكرنا مذهبهم قبل هذا فان ابانها بدون الثلاث
فوجد الشرط انحلت اليمين حتى لو تزوجها بعد ذلك لا يقع شي
وان لم يوجد الشرط في حال البينونة ثم نكحها لم ينحل عند ابي حنيفة
ومالك واحد اقوال الشافعي وله قول اخر لا تعود الصفة بحال
واختاره المزني واما ان وجد الشرط في حال البينونة فانحلت
اليمين فلا تعود بعد انحلالها ولو قال ان اكلت هذا الرغيف فانت طالق
ثلاثا فاكلته ثم تزوجها لم يحنث لانه لا يمكن ايقاع الطلاق باكلها في حال
البينونة لان الطلاق لا يلحق البائن عندهم ولا يمكن وجود الشرط
في النكاح الثاني ذكر هذه المسائل في المغني وان اختلفا في وجود
الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المراة البينة على ذلك لانه
متمسك بالاصل وهو عدم الشرط فعلى هذا لو قال لها ان لم تدخلي
هذه الدار اليوم فانت طالق فقالت لم ادخلها وقال الزوج بل دخلتها
فالقول قول الزوج وان كانت المراة متمسكة بالاصل وهو عدم
الدخول والزوج غير متمسك بالاصل وهذا هو ثبوت الحكم مع انتفا
العلة ويسمى العكس في الاصول وسؤال الطرد ان توجد العلة مع
انتفا الحكم ولان الزوج ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمراة
تدعيه والقول قول المنكر مع يمينه وهذا التعليل يعم الصورتين
ولان الزوج منكر لوجود سبب الطلاق بانكار وجود الشرط لان
المعلق بالشرط لا يصير سببا لوقوع الطلاق قبل وجود الشرط
وعلى هذا ذكر في المحيط ان الزوج لو قال لها ان لم اجامعك في حيضك
فانت طالق ثم قال جامعتك في حيضك فانكرت فالقول قوله مع انه
يشهد لها ظاهر الاصل ولعدم الحرمة لكونه انكر الطلاق لانكار
الشرط وسببه ولو قال انت طالق للسنة ثم قال جامعتك في حيضك
وانكرت فان كانت حائضا يصدق الزوج لانه يملك انشاءه فلا يتهم
وان كانت طاهرة لا يصدق لانه يريد ابطال حكم واقع في الظاهر
لوجود وقت السنة وقد اعترف بالسبب لان المضاف سبب في الحال

وكذا لو قال ان طلقتك فى حيضتك وفى هذه الصورة يقع ثنتان وان كان
لا يعلم الا من جهتها فالمعتبر قولها فى حق نفسها مثل ان يقول لها ان
حضت فانت طالق وضرتك فلانة فقالت قد حضت بعد يمينك
طلقت هى ولم تطلق ضرتها وبه قال الشافعى وابن حنبل فى ظاهر
مذهبه وعنه ان كذبها لا يقع ويختبرها النسا بادخال قطنة
فى فرجها فى الزمان الذى ادعت الحيض فيه فان ظهر الدم فهى
طالق واختاره ابو بكر منهم وهو ليس بشى لان الله سبحانه وتعالى
قد جعلها امينة فى ذلك بقوله ولا يكتمن ما خلق الله فى ارحامهن
ولو لم يكن قولهن مقبولا فى ذلك لم يكن للنهى معنى ولان الزوج يجب
عليه اجتنابها اذا اخبرت بالحيض ولا يلزم امتحانها بقطنة
ولان قولها اذا لم يقبل الا برؤية الدم بالقطنة وفى ذلك اباحة
النظر الى فرجها من غير ضرورة مع انه يجوز ان يحمل الدم فى فرجها
من خارج ليكون دليلا على صدقها كان ذلك مانعا من تحقق الشرط
وهل تعتبر يمينها اذا كان القول قولها فعلى وجهين وقال مالك
وابن القاسم يقع الطلاق فى الحال حين تكلم ولا يتوقف على وجود الحيض
وقال اشهب فى كتاب محمد لا شى عليه حتى تحيض وهو قول المخزومى وابن
وهب وابن عبد الحكم وقيل يرفع الامر الى الحاكم فيحكم عليه بالطلاق
لانه يحتمل فيه ذكر هذه الاحكام فى التبصرة للخمى وان قال ان
اكلت او شربت فهو يمين فان لم يضرب له اجلا حنث وكذا ان ضرب له
اجلا لا يمكنه الصبر اليه فان امكنه الصبر اليه لا يحنث وكذا ان
لبست او قمت او قعدت تحنث اذا لم يضرب اجلا او ضرب له اجلا لا
يمكنه الصبر اليه وفى قوله ان دخلت الدار وان ركبت لا يحنث الا
بوجود الدخول او الركوب ولو قال انت طالق اذا مت او مت فى
رواية ابن وهب وفى ان مت او ان مت انت فلا شى عليه ولو قال انت
طالق قبل موتك بشهر كانت طالقا فى الحال وقال اشهب لا شى عليه
بمنزلة قوله لعبده انت حر قبل موتك بشهر ووجه الاستحسان
انها امينة فى حق نفسها كما مر فيقبل قولها فيه كما قيل فى حق العدة
والغشيان يعنى فى حل وطيها اذا قالت طهرت من الحيض لكنها
شاهدة متهمة فى حق ضرتها لا يتصدق بقولها والبينة وللشافعية

وجه

وجه فى حق تصديقها فى حق ضرتها ايضا وكذا اذا قال ان كنت تحبين
ان يعذبك الله فى نار جهنم فانت طالق وعبدى هذا حر فقالت احبك
طلقت هى ولم تطلق صاحبتها ولم يعتق عبده هذا اذا كذبها وان
صدقها حنث فيهما لاعترافه بشرطهما وفى حقها معلق باخبارها
لان اطلاعه على حقيقة محبتها لا يمكن لانها امر باطن فادير الحكم
على اخبارها صادقة كانت او كاذبة وفى حق غيرها معلق بحقيقة
المحبة ولا يعلم من جهتها وحدها ولانها شاهدة فى حق غيرها
على ما مر والقياس ان يعتق العبد وتطلق الضرة ذكره قاضيخان
لتعلقها بمجرد الاخبار والاستحسان ما ذكرنا وعللوا بالتهمة
وهو يستقيم فى حق الضرة دون العبد فان قيل نحن نتيقن بكذبها
فى اخبارها بمحبة عذاب جهنم قيل لا نتيقن بكذبها فان الجاهل
قد يختار عذاب الاخرة على صحبة من يبغضه فلم نتيقن بكذبها
فى اخبارها بذلك ولو قال لها ان كنت تحبينى بقلبك فانت
طالق فقالت احبك بقلبى او قالت احبك وكذبها الزوج طلقت
عندهما ايضا وقال محمد رحمه الله ان كانت كاذبة فيما بينها وبين
الله تعالى لا تطلق لان المحبة محل القلب ويجعل اللسان خلفا عنه
وعند التنصيص على محل المحبة زوال الخلفية ولهما ان المحبة
لما لم تكن الا بالقلب كان ذكره كلا ذكره وانما يفيد التاكيد كقوله
تعالى يكتبون الكتاب بايديهم وكقوله تعالى يقولون بالسنتهم
وفى التبصرة للخمى قال ان كنت تحبين فراقى فانت طالق فقالت احب
ثم قالت كنت لاعبة قال ارى ان يقيم عليها وفى المغنى لم يقع وفى
الجواهر قال انت طالق ان كنت تبغضينى فالمذهب انه يؤمر بالفراق
وفى الوجوب ثلاثة اقوال الوجوب ونفيه والثالث ان اجابت بما
يقتضى الفراق وجب الفراق وفى الانوار للمالكية ان كنت تحبين
فراقى فانت طالق فقالت احب ثم قالت كنت كاذبة فليفارقها
وقال ابو ثور لا تطلق باخبارها للعلم بكذبها وتوقف احمد فيه
ذكره فى المغنى والوضع فى العذاب وفى الوسيط ان قال لها ان
اضمرت بغضى فانت طالق فقالت اضمرت فالمعتبر قولها فيه لانه
غير محال ولنا فى مسئلة المحبة **قوله** واذا قال لها اذا حضت

فانت طالق فرات الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام ولياليها التي
هي اقل مدة الحيض فاذا تمت حكمنا بالطلاق من حين رات الدم اذا كان ذلك
بعد طهر كامل لانه بالامتداد عرف انه من قعر الرحم لا دم فساد فكان
حيضا من الابتدا وفايدة الظهور في غير المدخول بها لو تزوجت
بعد الرؤية قبل الامتداد وكما لو عتق العبد معلقا بالحيض فجنى
او جني عليه يعتبر فيه حكم جناية الاحرار وفي الوسيط اذا انقضى
يوم وليلة من اول الرؤية يقع الطلاق وفيه وجه مشهور انه
يقع من اول الرؤية وبه قال ابن حنبل لحرمة الصلاة والصوم
والوطي بنفس رؤية الدم والفرق اظهر لان الطلاق لا يقع الا
بيقين والتحريم يثبت بالظاهر وكيف يقع الطلاق بعد وقوعه
اذا انقطع حد دون مدة الحيض وتبين فساد الدم وفساد
هذا القول ظاهر وفي المغني لابن قدامة جعل هذا قول ابي حنيفة
والشافعي مع امامه ونقله خطا عنهما وقال ابن المنذر لا نعلم
احدا قال غير ذلك الا مالكا وابن القاسم يعني انهما قالا تنجيز
قبل الحيض لو كانت حايضا لم يقع حتى تطهر ثم تحيض وكذا لو قال
لطاهر انت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وبه قال
الشافعي ذكره في الوسيط وابن حنبل في المغني وفيه قال بعض الشافعية
الذي يقتضيه مذهب الشافعي انها تطلق بما يتجدد من الحيض
والطهر فيهما للجمهور ان اليمين تقتضي شرطا مستقبلا وهذا
الحيض قد مضى بعضه وما بقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت يمينه
وما بقي تابع لما مضى فلا يتناوله كالايتناول الماضي منه وكذا لو
قال في حيضك قال في المحيط لانه فعل فما يشترط كالدخول ولو قال
اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى ينقطع الحيض وتدخل
في الطهر وذلك بالانقطاع على العشرة او تمضي العشرة مع استمرار
او بالانقطاع والاغتسال او بالانقطاع وبما يقوم مقام الاغتسال
اذا كان دون العشرة وذلك ان الحيضة اسم للكامل من الحيض وذلك
بما ذكرناه بخلاف الحيض فانه اسم جنس فهو نظير ان صليت والثاني
نظير ان صليت صلاة ومثله ان صمت وان صمت صوما وفي الحديث
ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة والجارية المشتراه لا تحل لمشتريها ولا

تقبيلها

تقبيلها حتى يستبرئ بحيضة فلو رأت الدم واستمر ثلاثة ايام وزيادة
فكذلك حتى تطهر لما ذكرنا في المغني لو قال اذا حضت حيضة يشترط
دخولها في الطهر وهو اتفاقنا ومن الايمة الثلاثة وبخلافه ضعيف وهذا
بخلاف ما لو قال انت طالق قبل ان تحيضي حيضة بشهر فحاضت بعد تمام
المدة طلقت ولا ننتظر الطهر فقد حملت الحيضة على الحيض وجوابه ان
انقطاعه كاين فلا ينتظر بخلاف مسئلة الكتاب فان الطلاق فيها معلق
بالحيضة فلا يوجد الا بعد وجودها ولو قال اذا حضت نصف حيضة فانت
طالق لا يقع حتى تحيض وتطهر وقال زفر اذا مضى لحيضتها خمسة ايام
للتيقن بمضي نصف مدة الحيضة فصارت كالتنصيص والايمة في حق الشهر
وهو قول ابن حنبل اذا مضى نصف اكثر مدة الحيض على مذهبه وعنه كقولنا
ولنا ان الحيض عبارة عن درور الدم وذلك يتعلق في وقته ويزيد وينقص
ولا يمكن معرفة نصفها وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كما لو قال انت
طالق نصف طلقة ولو قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغرب
الشمس من اليوم الذي تصوم فيه بخلاف ان صمت او ان صمت في يوم او في شهر
لانه لم يشترط كماله وقد وجد ركنه وشرطه وان قال على ما ياتي في الايمان
ان شا الله تعالى لان الذي شرع فيه من الصوم قد صام ذلك الجزء على وجه
الصحة فحنث به وان قطعه بعده وهكذا ذكره في المغني عن الحنابلة والظا
هر انهم نقلوه من كتبنا وقد نقل عن احمد انه وقف على كتب محمد بن الحسن
وعرفها على ما ذكروا عنه **قوله** ومن قال لامراته اذا ولدت غلاما
فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما
وجارية ولا يدري ايهما الاول لزمه في القضا تطليقة وفي التنزه
تطليقتان وانقضت العدة لانها ان ولدت الغلام اولا وقعت واحدة
وهي حامل بالجارية فتنقضي عدتها بوضع الجارية فلا يقع المعلق
بولادة الجارية لمصادفته انقضا العدة وان ولدت الجارية
اولا وقع ثنتان وتنقضي عدتها بوضع الغلام كما ذكرنا فاذن في
حال يقع واحدة لا غير وفي حال يقع ثنتان فلا يقع الزايد على الواحدة
بالشك كما لو قال انت طالق واحدة او ثنتين او قال واحدة رجعية
او باينة والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها وتورعا واحتياطا
لاحتمال ولادة الجارية اولا ولا يولدان معا عادة وفي الروضة ان

ولد تهما معًا يقع الثلاث وتعتد بالاقرا وان تاخرت ولادة الجارية لم يقع
بها شي على المذهب وتنقضي بها العدة وعلى نصه في الاملا تطلق
بالانثي ثنتين وتعتد بالاقرا وان جعل السابق فعلى نصه في الاملا تطلق
ثلاثا كيف كان وتعتد بالاقرا وعلى المذهب من جهة الورع يتركها
حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال المعية قلت لا ينبغي ان يعول عليه لان
ذلك مستحيل عادي ولو ولدت غلاما وجاريتين والمسألة بحالها
يقع في القضا تطليقتان وفي التنزه والورع ثلاث لان الغلام ان كان
اول تطلق ثلاثا واحدة وبه وثنتان بالجارية الاولى اذ العدة لا
تنقضي ما بقي في البطن حمل وان كان الغلام آخرا يقع ثنتان فيحكم بالاقل
قضا وبالتنزه في الثلاث وفي الروضة ان ولدت ذكرين وانثى معًا
طلقت ثلاثا وان ولدت الانثى ثم الذكرين متعاقبين طلقت بالانثى
ثنتين وبالذكر الاول واحدة اخرى وتنقضي العدة بولادة الثاني
وان ولدتهما معًا طلقت بالانثى ثنتين وانقضت عدتها بوضعهما
معا ولا تقع شي اخر على المذهب وفي الجامع لو قال ان ولدت ولدا فانت
طالق فان كان الذي تلدينه غلاما فانت طالق ثنتين فولدت غلاما
يقع الثلاث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في المقيد كالرجل
فانه موجود في زيد ومثله في الروضة للنووي ومذهب مالك
كمذهبنا ذكره في الجواهر والغلام الطار الشارب من الغلمة وهي
اشتداد الشهوة سمي المولود به تفالا والجارية انثاه سميت بها
لخفتها من الجرباد بخلاف العجوز ذكره في المغرب والمجمل وان قال لها
ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها طلقة فبانت
بانقضاء عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق
ما بقي من الطلاق وقال زفر لا يقع وهذه المسألة على اربعة اوجه
بالقسمة العقلية احدها ان يوجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق
اتفاقا او يوجد في غير الملك فلا يقع شي اتفاقا او يوجد الاول في الملك
والثاني في غير الملك فلا يقع اتفاقا وعند ابن ابي ليلى يقع ذكره في المبسوط
لصحة التعليق ايضا او يوجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي
الخلافية له اعتبار الاول بالثاني في اشتراط الملك فصار كما لو قال ان
دخلت هذه الدار فانت طالق اذا دخلت هذه الدار الاخرى فانه يشترط

الملك

الملك فيهما اتفاقا ولنا ان الملك يشترط عند اليمين لانعقادها اذا لم يكن
الطلاق مضافا الى الملك وعند كمال الشرط لنزول الجزا وما بينهما
ليس حال انعقاد اليمين ولا حال نزول الجزا وانما هو حال البقا فلا
يشترط فيها الملك ونظير هذا الخلاف كمال النصاب يشترط عندنا
لانعقاده وعند تمام الحول للوجوب ولا يشترط فيما بينهما عندنا لما
ذكرنا خلافا له والجواب عن مستشهده ان الشرط الاول لانعقاد
اليمين الصغرى فيشترط فيه الملك كالكبرى بخلاف الخلافية فان
الكبرى والصغرى منعقدتان فيها قوله وان قال لها ان
دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت غيره ودخل
بها ثم عادت الى الاول طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي يوسف وتعود
بثلاث طلقات قال ابن المنذر وهذا قول ابن عمر وابن عباس وبه قال
عطا وشريح والنخعي وفي المبسوط وهو قول ابن مسعود وقال محمد
هي طالق ما بقي من الطلاق وبه قال زفر وهو قول جماعة من الصحابة
والتابعين وبه قال الايمة الثلاثة واصحابهم واصله ان الزوج
الثاني يهدم الطلقة والطلقتين وفي المبسوط قال شمس الايمة
السرخسي اخذ الشبان من الفقها بقول المشايخ من الصحابة واخذ
المشايخ من الفقها بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم
وفي الذخيرة لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق فدخلت مرة او مرتين
ثم تزوجت بغيره وعادت الى الاول حتى عادت بثلاث طلقات ثم لو دخلت
الدار ثلاث مرات وقع الثلاث عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكره في باب
المشيئة من طلاق الكافي احتجوا لهما بقوله عليه الصلاة والسلام
لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابو داود والترمذي على ما ياتي والمحلل
هو الذي يثبت للزوج الاول اصل الحل ووصفه ان الزوجة لا تحرم
عليه الا بالطلاق الثلاث وقد تعذر هاهنا اثبات اصل الحل لانه
ثابت ولم يتعذر اثبات وصفه وهو انها لا تحرم عليه الا بالطلاق الثلاث
وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم طلقها ثلاثا وتزوجت
غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شي عند ايمتنا
الثلاثة وهو قول مالك ذكره في المدونة والشافعي في الجديد على
المنصوص ذكره في البسيط وابن حنبل ذكره في المغني قال ابن المنذر اجمع

كل من يحفظ عنه من اهل العلم ذلك وقد ذكرناه قبل هذا وقال زفر يقع الطلاق
الثلاث وجه احد قولي القديم للشافعي ان الجزا طلقات طلقات هذا الملك
الموجود لان الجزا ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط او متحقق
الوجود عنده في المضاف الى الملك ليحصل ما هو الغرض المطلوب من
عقد اليمين وهو الحمل او المنع والطلاق المبطل للحل الذي يحتمل ان يوجد
في المستقبل وليس الغالب منه الوجود بل الغالب العدم لاستصحاب
الحال لم يكن مخوفا الان الانسان لا يخاف زوال ملك موهوم الموجود ولا
زوال نعمة ستوجد كما لا يخاف سرقة مال عسى ان يوجد فلم يكن مقصودا
باليمين ولان الحالف بالطلاق قبل الملك لا يصح الا بالتقييد بالاضافة
اليه او بالتعليق به ولم يوجد فلا يتناوله فصار كما لو قال لاجنبية
ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق ولو كان
يتناول الملك الذي يوجد بعد اليمين لطلقت فاذا ثبت ان انعقادها
باعتبار الملك القائم وقد فات بتنجيزه بالثلث المبطل للمحلية لا يبقى
اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزا باق ببقا محله وهو ما بقي من الملك
وهو نظير ما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر عتق لان الملك
الذي حلف عليه باق لا يزول الا بالعتق فاذا اخرجه من ملكه نقله الى
غيره فهو باق كما كان ونظير الاولى لو قال لامته ان دخلت الدار فانت
حرة ثم اعتقها فارتدت ودخلت دار الحرب ثم ملكها بالسبي او غيره
فدخلت الدار لم تعتق كما قلنا في التنجيز بالثلاث ويرد على ابي حنيفة وابي
يوسف ما تقدم من مسئلة الهدم فان كان انعقاد اليمين باعتبار الملك
القائم دون ما يحدث عندهما فاذا طلقها ثنتين يبقى من الملك المحلوف
عليه طلقة واحدة فاذا عادت اليه بالثلاث عندهما ووجد الشرط
كيف يقع الثلاث مع انه لم يتناولها اليمين الا طلقة واحدة بقيت
والثنتان الحادثتان بالزوج الثاني لم تتناولهما اليمين البتة وان
اثبت له الزوج الثاني حلا جديدا عندهما وعادت اليه بثلاث طلقات
وهو مشكل جدا ولو قال لامراته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها
فلما التقى الختانان وغابت الحشفة لبث ساعة لم يجب عليه المهر يعني
مهر المثل بالثنا عليه بعد وقوع الطلاق الثلاث غير المهر الواجب
بالعقد وفي قاضيخان يريد به العقر قلت المستعمل في الهداية مهر المثل

دون

دون العقر وفي الاماء العقر فان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر كما قلنا
وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة فجامعها كما ذكرنا وعن ابي يوسف
انه اوجب المهر في الفصل الاول لوجود الجماع بالدوام عليه الا ان الحد لا
يجب لاتحاد المجلس والمقصود والمال يثبت بالشبهة ولان الحد انما
يجب لما ذكرنا اوجب العقر اي مهر المثل ان الوطء لا يخلو عن احدهما ورد عليه
قول ابي حنيفة لو وطئ البائع المبيعة قبل القبض لا يجب حد ولا عقر
ووجه الظاهر ان الجماع ادخال الذكر في فرج المراة ولا دوام للادخال
ولهذا لا يضرب له مدة ولا غاية فصار كما لو حلف لا يدخل هذه الدار
وهو فيها لا يحنث بالدوام فيها بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه قد وجد
الادخال بعد الثلاث الا ان الحد لا يجب لما ذكرنا ولو كان الطلاق رجعيا
يصير مراجعا باللبث عند ابي حنيفة لما ذكرنا عنه انه بمنزلة ابتدا
الجماع وعند محمد لا يصير مراجعا عند الكل لوجود المساس بشهوة
ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع وعلى هذه الرواية عن
ابي يوسف ينبغي ان يحنث بالمكث في الدار في يمين الدخول ويجعل هذه الرواية
رواية في تلك المسئلة وقد قال الولوالجي رجل شج رجلا موضحة ثم جر السكين حتى
جعل موضحة اخرى لا يجب الا ارش موضحة واحدة فكانه جعلها كبيرة ولو
رفع السكين ثم جر حتى جعلت موضحة اخرى فعليه ارش الموضحتين فكذا
هنا وعن محمد لو ان رجلا زنى بامراة ثم تزوجها في تلك الحالة فان لبث على ذلك
ولم ينزع وجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستانف
الفعل وقال لان دوامه على ذلك الفعل فوق الخلوة بعد العقد ولقائل ان
يقول في العتق اذا اخرج ثم اولج ينبغي ان يجب الحد لانه حين فعل لا ملك له
فيها ولا شبهة ملك وهي العدة بخلاف الطلاق لوجوب العدة فيه فكانت
شبهة النكاح قائمة فيه وجوابه ان هذا ليس بابتدا الفعل من كل وجه
لاتحاد المجلس والمقصود كما ذكر في الكتاب فتمكنت الشبهة فسقط فلو
كان انزل ثم اولج ينبغي ان لا يجب الحد ايضا لاتحاد المجلس **فروع** في المغني
قال انت طالق لو دخلت الدار كان شرطا مثل ان قال وروي عن ابي يوسف
وقيل لا يتعلق لانها للمضي فكانه قال امس وفي جوامع الفقه لا يقع وكذا لو
قال انت طالق لولا دخولك الدار ولولا مهرك او ابوك او حسبك لا يقع وكذا
في الاخبار بان قال طلقتك امس لولا كذا لا يقع وفي المغني قال انت طالق ان دخلت

الدار يقع وان للمضي ويحتمل ان لا يقع كقوله وعندنا يقع فيهما وفي جوامع الفقه ادخلي الدار وانت طالق يتعلق لانه جواب الامر كالشرط بالفا وفي المبسوط والذخيرة اوجبا الى الفا وانت طالق لا يقع حتى تدخل لانه جواب الامر وفي المبسوط لان الواو للحال وفيه نظر لانه لو قال انت طالق وانت مريضة يقع في الحال الا ان ينوي الحال ولو قال ادخلي الدار فانت طالق يقع في الحال والفا للتعليل وعلى هذا افتحوا الباب وانتم امنون يتعلق ولو قال فانتم امنون لا يتعلق للتفسير ولو قال انت طالق والله لا افعل كذا فهو تعليق ويمينان ولو قال والله لا افعل كذا طلقت في الحال ذكرهما في جوامع الفقه وفي المغني قال ان اكلت ان لبست فانت طالق لم تطلق حتى تلبس ثم تاكل ويتقدم المؤخر قال وتسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط قلت ذلك تسميه محمد بن الحسن وكذا عند الشافعية وقالوا اذا وقع الاكل اولا وقع قبل سببه اللغوي فلا يعتبر كصلاة الظهر قبل الزوال وهذا مدركا الشافعية والمالكية وامام الحرمين جعلوا ذلك كالمعطوف بالواو وقد حذفت والواو العاطفة قد تحذف كقوله تعالى وجوه يومئذ ناعمة يقولون نحسا زيد جاء عمرو وروي عن محمد في غير رواية الاصول انه رجع عن التقديم والتاخير الى هذا القول وقد ركا شرط في موضعه واضمر حرف العطف كما ذكره امام الحرمين ذكره في الذخيرة وهذه المسئلة في الجامع وذكرها الشيخ شهاب الدين القرافي في فروقه وفي الجوامع قال كل امراة اتزوجها ان كلمت فلانا فهي طالق ويتقدم المؤخر فيصير التقدير ان كلمت فلانا فكل امراة اتزوجها فهي طالق ويغني عن الفا تقدير جزء الجزا فكان الكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال ولا يمكن ان يجعل الشرطان شرطا واحدا للتنزل الجزا لعدم العطف ولا الشرط الثاني مع ما بعده جزاء عن الاول لعدم الفا الرابطة ولا توسط الجزا لما فيه من جعل الثاني غاية ولا الغا الشرط الثاني فكانه قال كل امراة اتزوجها فهي طالق وهذا الاخير ذكره النسفي ونبه التقديم والتاخير اخف من اضمار الحرف لانه يصح بالمنطوق من غير تقدير زيادة وقد استدل محمد على هذا باثنين احدهما قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي ان اردت ان انصح لكم ان كان الله يريد ان يغويكم والمغني ان كان الله يريد ان يغويكم فلا

ينفعكم

ينفعكم نصحي ان اردت ان انصح لكم وهو ظاهر في الاستدلال والثانية قوله تعالى وامراة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي الاية وهي محتملة للفريقين قال ارادة النبي صلى الله عليه وسلم متاخرة فانها كالقبول ويحتمل تقدم ارادة النبي عليه الصلاة والسلام فاذا افهمت ذلك وهبت نفسها له وقال ابن مالك الشرط الثاني لا جواب له والجواب للاول وذكر الثاني سد مسد جوابه وعلى هذا ان شربت ان اكلت او قال اذا اتيت ان ركبت او قال ان كلمته ان دخلت علي وعن ابي يوسف والفرا هذا فيما تقدم عادة وعلى لو قال اذا اعطيتك ان وعدتك ان سالتني فانت طالق لم تطلق حتى تساله ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السوال فكانه قال ان سالتني ان وعدتك ان اعطيتك قال وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال القاضي من الحنابلة هذا اذا كان الشرط باذا او ان كان بان مثل ان شربت ان اكلت تطلق بوجودهما كيف كانا لان المعروف في ذلك اذا دون ان قلت يجب الرجوع في ذلك الى اللغة ولا عرف في التفرقة بينهما على ما زعم ذكر ذلك في المغني وفيه لو قال ان وطئتك فيمينه على جماعها قال ابن قدامة الحنبلي وقال محمد ابن الحسن يمينه على الوطي بالقدم ولو قال اذا اردت به الجماع لم يقبل في الحكم فلك العجب منه كيف اقدم على نقل هذا المنكر من مثل هذا الامام مع اتفاق الطوائف على نهاية فضله وانفراده بوضع المسائل الدقيقة المعقلية على طبق اللغة والعرف وعمل ايمان الجامع الكبير على ذلك وهذه المسئلة التي اخطا ابن قدامة في نقله عنه هي في الباب السادس من كتاب ايمان الجامع اذا قال لامراته ان وطئتك فهو على الجماع في فرجها بذكره وان نوى الدوس بالقدم لا يصدق في الصرف عن الجماع ويحنث بالدوس بالقدم ايضا لاعترافه به على نفسه ولو قال ان وطيت من غير ذكر امراة فهو على الدوس بالقدم هو اللغة والعرف وذلك اتفاق من اصحابنا وكيف يخالف مصنفات هذا الامام الجليل ان هذا الفضيحة وعجب عجيب **فصل** في الاستثنا اذا قال لامراته انت طالق ان شا الله متصلا به لم يقع الطلاق عندنا وهو قول طاوس والنخعي

والحكم والشافعي واسحق وابي عبيد والظاهرية وهو قول عطا ومجاهد
والزهري وحماد والشعبي وعبد الرزاق وابن المسيب والاوزاعي
وعثمان البتي وابي ثور وابي سليمان ذكره في المحلى وقال البصري وابن
المسيب والزهري في رواية مكحول وقتادة وابن ابي ليلى والليث
ومالك وابن حنبل في ظاهر الرواية عنه يقع في الحال ولا يتعلق وفي
اليمين اختلفوا يعني بالطلاق وغيره قال اصحابنا لا شي عليه وهو قول
طاوس والبصري وابن المسيب والاوزاعي وابن ابي ليلى والشافعي
واسحق وابي عبيد وقال مالك لا استثنا في الطلاق والعتاق والمشي
والصدقة وفي اليمين بالله لا شي عليه وكذا لو قال علي نذر ان كلمت فلانا
فانه لا شي عليه وفي البسيط ينفذ العتق دون الطلاق عند مالك ولا
اصل لنقله لنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه من حلف على يمين فقال ان
شا الله فقد استثنا لفظ النسائي ولفظ رواية الترمذي لم يحنث
وقال حديث حسن وليس في الحديث متصلا به ولان مشية الله سبحانه
لا يطلع عليها فكان اعداما للجزا كقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط
ومثله قال الشاعر شعر

اذا شاب الغراب اتيت اهلي وصار القار كاللبن الحليب

اراد انه لا ياتيهم ابدا ولانه لو شا الله ايقاعه لنجزه ولم يعلقه بمشية
الله وفي البسيط لو قال انت طالق ان صعدت السما او طرت او احييت
ميتا فالوجه القطع بانه لا يقع والمقصود به الاعدام والنفي وفي
الروضة ان شا الحمار كصعود السما ولو قال ان شا الملايكة لا يقع
وفي المغني في الكل وجهان يعني في المستحيل العقلي والعادي
وقيل في العقلي يقع في الحال وفي العادي كالطيران وصعود السما لا
يقع وفي المحيط الاستثنا على قسمين استثنا تعطيل واستثنا تحصيل
فالاول التعليق بمشية الله او بعدمها نحو ان شا الله او ان لم يشا الله
او ما شا الله او ما لم يشا الله او فيما شا الله او الا ان يشا الله لم يقع شي
في ذلك كله لانه لا يوقف على ذلك فكان اعداما للطلاق واتفق السلف
والطوايف الاربع على تسميتها استثنا لانه لصرف الكلام من الصدر
نعم هذا لا يمتنع تسمية سائر الشروط استثنا لكن لم يسمع وكذا التعليق
بمشية الملايكة والجن والشياطين لانه لا يعرف وجودها فكان اعداما

كما

كما تقدم واختلفت الملايكة في ذلك ذكره في الجواهر بخلاف قوله انت طالق كيف
شا الله حيث تطلق ذكره في المحيط ولم احك فيه خلافا واختلفت الشافعية
في قوله الا ان يشا الله وفي المغني قال انت طالق لتدخلن الدار ان شا الله
لا تطلق فيهما دخلت الدار او لم تدخل قالوا ان دخلت فقد فعلت المحلوف
عليه وان لم تدخل علمنا ان الله لم يشاه لانه لو شا الله لوجد قلت
قوله انت طالق تنجيز ولا تعلق له بالدخول ولا بعدمه وخلافه بعيد
وروي عن قتادة انه قال قد شا الله حين اذن ان تطلق قلت كيف
تقلد الحنابلة قتادة في ذلك ولا يجوز تقليده فيه ولا في غيره على المختار
ولو كان كلما اذن في فعله يوجد بغير ايجاد الماذون له لوقع طلاق
الناس كافة لان كل احد قد اذن له ان يطلق اذا اختار الطلاق
اذ المشروعات باشرها ماذون او باشرها ماذون فيها قال ابن
قدامه ولو سلمنا ان مشية الله لا تعلم لكن قد علقه بشرط مستحيل
عليه فيكون كتعليقه بالمستحيلات فيلغو او يقع الطلاق في الحال
وهو غير مسلم له وقد ذكرنا ان ذلك اعدام للجزا ولا يقع وتعلقوا بقوله
تعالى ولا تقولن لشي اني فاعل ذلك غدا الا ان يشا الله واذكر ربك اذا
نسيت الاية ولا متعلق لهم فيه لوجوه ستة الوجه الاول
قيل معناه اذا نسيت ان تقول ان شا الله فقل ذلك فيكون التقدير واذكر
مشية ربك اذا نسيتها فاعمل بها والوجه الثاني قيل ولا تقولن لشي
اني فاعل ذلك غدا اي في وعد وعدت بقول او فعل الا ان تقول ان شا الله
والوجه الثالث قيل ولا تعدن الا بما شا من الخبر الا مقرونا
بمشيته والوجه الرابع قيل ولا تقولن لشي تعزم عليه اني فاعل ذلك
الشي غدا اي فيما يستقبل من الزمان والاوقات الا ان يشا الله قال
الاخفش فيه اضمار القول تقديره الا ان تقول ان شا الله فنقل ان شا
الله الى لفظ الاستقبال فيكون تاديبا وتعليما لعباده لتخرج ذلك عن
حد القطع ولا يلزمهم والوجه الخامس قيل ولا تقولن لشي مما تريد
ان تفعله اني فاعل ذلك غدا الا ان تستثني فتقول ان شا الله لانك لا
تعلم بقايك الى غد والوجه السادس قيل الا ان يشا الله متعلق
بالنهي لا بقوله اني فاعل ذلك غدا وتعلقه به على وجهين احدهما لا تقولن
ذلك القول الا ان يشا الله اي بمشية الله وهو في موضع الحال الا متلبسا

بمشيئة الله أي ما يشاؤه ويريده ولم يذكر أهل التفسير غير ذلك وليس
في ذلك ما يدل على أنه شاء وقوع الطلاق المعلق بمشيئته ولا بعدم
مشيئته وفي النوادر ذكر الكرخي أن إن شاء الله لإبطال الكلام ورفع
حكمه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تعليق بشرط لا يوقف
عليه وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قال إن شاء الله أنت طالق أو قال
إن شاء الله وأنت طالق أو قال كنت طلقتك أمس إن شاء الله لا يقع عندهما
للإبطال ويقع عند أبي يوسف لعدم صحة التعليق وكذا لو قال
أنت طالق إن دخلت الدار وعبدي حر إن كلمت فلانا إن شاء الله أو إن
شاء الله فزيد ينصرف إلى الكل عندهما وعند أبي يوسف ينصرف إلى اليمين
الأخيرة وهي الثانية كالشرط وعلى هذا إذا حلف لا يحلف بيمين لا يحنث
بذلك عندهما ويحنث عند أبي يوسف للشرط وهكذا في المحيط لعدم
الحلف بيمين ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على عكس ما ذكره الكرخي
فإنه ذكر في كتاب الطلاق من الجامع أن التعليق بمشيئة الله إبطال عند
أبي يوسف تعليق بشرط لا يوقف عليه عند محمد وذكر في إيمان الجامع أن
إن شاء الله ينصرف إلى اليمينين في ظاهر الرواية وذكر الكرخي أن عند أبي
يوسف ينصرف إلى اليمين الثانية وفي المحيط لو قال أنت طالق واحدة إن شاء
الله فأنت طالق ثنتين إن لم يشأ الله لا يقع شيء لأن الأول لحقه الاستثناء فلم
يقع به والثاني باطل لأنه لو وقع الطلاق به لشاء الله لأن أفعال العباد
كلها بمشيئة الله فعند عدم الشرط لم يقع فكان في تصحيحه إبطاله ولو
قال أنت طالق واحدة اليوم إن شاء الله وإن لم يشأ الله فثنتين فمضى اليوم
ولم يطلقها وقع ثنتان لأنه لو شاء الله الواحدة في اليوم لطلقها فيه
فثبت أنه لم يشأ الواحدة فيه فتحقق شرط الثنتين وفي الذخيرة وإن
طلقها واحدة قبل مضي اليوم لا يقع إلا هي وإن لم يقيده باليوم لم يقع شيء
وفي المنتقى قال أنت طالق ثنتين إن شاء الله وإن لم يشأ الله في اليوم فأنت طالق
ثلاثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا وهو خلاف ما ذكر قبل هذا
وذكر في المنتقى أيضا لو قال أنت طالق إن لم يشأ الله طلاقك لا تطلق بهذه
اليمين أبدا وإنه يوافق ما ذكره في النوازل قبل هذا قال أبو منصور رحمه الله أعلم
الشيطان أن الاستثناء للإبطال ويوسوس لبعض الناس حتى يقرنوه بالشهادة
ويشترط فيه الاتصال وعليه جمهور الفقهاء وهو قول الأئمة الأربعة

ومنهم

ومنهم من جوز الاستثناء ما لم يقم من المجلس وبه قال البصري وطاوس وروي
عن ابن عباس جوازه إلى سنة وعنه أنه كان يرى جوازه أبدا وفي المحيط أطلق
الجواز عنه ومنهم من منع صحة ذلك عنه وفي شرح البخاري لابن بطال قال
قتادة ما لم يقم من مجلسه أو يتكلم وقال ابن حنبل له الاستثناء ما دام في ذلك
الأمر ومثله عن إسحاق بن راهويه إلا أن يسكت ثم يعود إلى ذلك الأمر وقال
سعيد بن جبير له ذلك بعد أربعة أشهر وقال مجاهد بعد سنتين وعن
ابن عباس يصح له الاستثناء ولو بعد حين قيل أراد به سنة وقيل الأبد وعنه
يستثني ما ذكر واحتج بما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
والله لأغزون قريشا ثلاثا ثم سكت ثم قال إن شاء الله قيل هو مرسل ولو صح
ذلك عن ابن عباس لم يرد به إسقاط الحنث وإنما أراد به كون نسي أن يقول
إن شاء فليقله في أي وقت شاء إذا ذكر ولو بعد سنة وسبب اختلافهم هل
الاستثناء حال لليمين بعد انعقادها أم مانع من الانعقاد لا حال فمن
قال مانع شرط الاتصال واختلف القائلون في أنه حال قال بعضهم
بالقرب وقال بعضهم حال مطلق من غير تأقيت بالقرب كما ذكرناه عن
ابن عباس ومن حجة أهل المقالة الأولى قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم
الأيمان فكفارته الآية فلو جاز الاستثناء من غير شرط الاتصال لم يكن
لشرع الكفارة وإيجابها معنى لأنه كان يستثني في يمينه وروي أن
امرأة أنكرت على ابن عباس في ذلك وقالت لو جاز ما قاله لم يكن لقوله تعالى
وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث معنى ولا كان إلى تلك الحيلة حاجة وقال
عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي
هو خير وليكفر عن يمينه ولو جاز له الاستثناء والإبطال متى شاء لما وجب
عليه الكفارة أبدا وقال عليه الصلاة والسلام استثن في يمينك وفي
صحيح البخاري عن أبي هريرة قال سليمان لأطوفن الليلة على سبعين امرأة
كلهن تلد غلاما يقاتل في سبيل الله قال له صاحبه يعني الملك قل إن شاء
الله فنسي فلم تأت امرأة منهن بولد إلا واحدة جاءت بشق غلام فقال
أبو هريرة يرويه لو قال إن شاء الله لم يحنث وقال مرة عليه الصلاة والسلام
لو استثنى فلو كان الاستثناء متى أراد يخرجه من الحنث كما زعم من خالف
أئمة الفتوى لاستثنى ولأن الاستثناء المفصول لو صح لأدى إلى أن من
طلق امرأته ثلاثا فتزوجت بغيره وولدت منه أولادا أن يستثني المطلق

كانت المطلقة زوجته حينئذ وان الثاني قد تزوج بمنكوحة الغير وروي
ان ابا جعفر المنصور الدوانيقي اخا ابي العباس السفاح ثاني خلفاء بني
العباس دعا الامام فقال له لم خالفت جدي في الاستثنا المنفصل فقال له ابو
حنيفة لحفظ الخلافة عليك فانك تاخذ عقد البيعة بالايمان والعهود
الموثقة على وجوه العرب وسائر الناس فيخرجون من عندك ويستثنون
فيخرجون عليك فقال احسنت فاستر علي وخل سبيله وروي ان
الربيع ابا الفضل الحاجب قال يا امير المومنين هذا ابو حنيفة يخالف
جدك في الاستثنا فقال يا امير المومنين هذا الربيع يزعم انه لا بيعة
لك في اعناق الناس فذكروا ذلك له فضحك المنصور وقال يا ربيع اياك
وابا حنيفة فلما اذن لابي حنيفة في الانصراف لحقه الربيع فقال يا
نعمان سعيت في دمي فقال له ابو حنيفة البادي اظلم ولو سكت
قدر ما يتنفس او عطس او تجشى او كان بلسانه ثقل فطال في تردده
ثم قال ان شا الله صح استثناؤه ولو جرى على لسانه ان شا الله من غير
قصد لا يقع طلاقه لان الاستثنا وجد حقيقة وهو صريح في بابه
والصريح لا يفتقر الى النية كقوله انت طالق ومطلقة وطلقتك
وفيه خلاف الشافعية وفي الحاوي قال انت طالق فجرى على لسانه
ان شا الله من غير قصد الاستثنا وانما قصده الايقاع قال شداد
لا يقع للاستثنا وقال خلف يقع وقال شداد فرايت ابا يوسف
في النوم فسالته فقال لا يقع فقلت لم قال ارايت لو قال انت طالق
يجري على لسانه او غير طالق اكان يقع قلت لا قال كذا هذا **فروع**
ذكر ابو الليث في نوادره لو قال ان دخلت الدار فلله علي ان اتصدق
بمائة مثلا قال هذا اقرب من الاستثنا الا ان الاستثنا ليس له
حقيقة ولان المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه ايجاب المال قال
وبه ناخذ الا ان يريد الايجاب على نفسه ؞ قوله ولو سكت ثبت حكم
الاول فيكون الاستثنا او ذكر الشرط بعده رجوعا من الاول وكذا لو
ماتت الزوجة قبل قوله ان شا الله لان بالاستثنا خرج الكلام من ان
يكون ايجابا وايقاعا وثبوتها في الموجب لفوات محل الايجاب دون المبطل
لان حكمهما واحد بخلاف موت الزوج لان الاستثنا لم يتصل بالموجب فيعمل
الموجب عمله فيقع وفي المحيط قال انت طالق ثلاثا وثلاثا ان شا الله او قال

ثلاثا

ثلاثا وواحدة ان شا الله او قال طالق وطالق وطالق ان شا الله
طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة ولم يصح الاستثنا وعندهما يصح وعلى هذا
قال لعبده انت حر وحر ان شا الله وفي الجامع قال لها ان دخلتها ان
دخلتها فانت طالق يتعلق بدخوله استحسانا قال الكرخي ينبغي ان لا
يتعلق على قوله لان الثاني لغو كقوله حر وحر وجوابه انه تاكيد
بخلاف قوله حر وحر لان التاكيد لا يكون بالواو ونظيره حر حر
ان شا الله فانه لا يعتق ويصح الاستثنا ولا رواية عن ابي حنيفة فيها
فيمنع على الدار الواحدة ذكره في الذخيرة واجمعوا على ان اللغو والسكوت
لا يمنعان العطف ما دام في المجلس ذكره في الذخيرة في باب الخيار في العتق
والفرق ان العطف غير مغير بل هو مقرر فلا يشترط فيه الاتصال
بخلاف الشرط والاستثنا ولو قال انت طالق واحدة وثلاثا ان شا الله
صح الاستثنا بلا خلاف بين الاصحاب لان الكلام الثاني يتعلق به حكم
وهو تكميل الثلاث منه فلم يكن لغوا وفي الذخيرة والزيادات لو قال
انت طالق ثلاثا بوائن او قال ثلاثا البتة ان شا الله لا يصح الاستثنا
لان البوائن والبتة مع الثلاث لغو لان الثلاث لا يكون الا بوائن وبتة
وهذا هو ظاهر الرواية وعن محمد لا يصير فاصلا ولو قال انت طالق بائنا
او البتة ان شا الله يصح الاستثنا ولا يقع لان طالقا يحتمل البائن وغيره
فلم يكن البائن والبتة لغوا ولو قال ثلاثا البتة البتة ان شا الله لا يصح
الاستثنا اتفاقا قال **قوله** ولو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة
طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل فيه ان الاستثنا
تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه بعد
صرف الكلام عن المستثنى وهكذا ذكره في الكتاب في الاكراه وفيه في كتاب
الاقرار الاستثنا مع الجملة عبارة عن الباقي بعد الثنيا وفيه
ايضا الاستثنا ما لولاه لدخل تحت اللفظ يعني لفظ المستثنى منه
وفي الميزان الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا وفي المحيط الاستثنا
تكلم بالباقي بعد الثنيا وفي المبسوط الكلام المقيد بالاستثنا عبارة
عما وراء المستثنى وفي اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي لو قال
عبيدي احرار الا سالما او بزيعا لا يعتق واحد منهما وان كان المستثنى
احدهما لانه مشكوك فيه فثبت حكم الشك فيهما ويصير الكلام عبارة

عما ورا المستثنى بطريق أنه لا بعض ويصح الاستثنا وان كان المستثنى
مجهولا لان الكلام لم يتناول المستثنى اصلا فلا اثر للجهالة فيه وذكر في
المحصول ان الاستثنا مع المستثنى منه كالكلمة الواحدة لعدم استقلاله
بنفسه ومنهم من قال هو قول الشافعية وذكر الشيخ شهاب الدين
القرافي في شرح المحصول له ان الاستثنا اقسام اربعة ما لولاه لعلم
دخوله كالاستثنا من العدد لانه نص وهو يبطل قول الشافعية
فيه انه اخراج وما لولاه لظن دخوله كالاستثنا من العموم على قول
من يقول دلالته على جميع افراده ظنية وما لولاه لجاز دخوله من غير
علم ولا ظن وهو اربعة الاستثنا من الحال نحو اكرم رجلا الا زيدا
وعمروا والبقاع نحو اتى الا في الحمام والمزبلة والازمنة نحو الزم الا يوم
الاحد والاحوال نحو الزم الا ان يغلب كقوله لتأتينني به الا ان يحاط
بكم وهذه الامور الاربعة لا يغلب على الظن دخول ما استثنى قبل ان
يستثنى بل يجوز فقط وكذا جاني رجال الا زيدا جاز الدخول لان ذلك
نكرة غير محصورة وما لولاه لامتنع دخوله بالاستثنا المنقطع قال والاستثنا
في الكل استثنا صحيح وليس في ذلك اخراج لان الاخراج حقيقة فيما اتصف
بالدخول ولا يقال اخرج زيد من الدار اذا لم يكن دخلها الا مجازا وزاد
التبريزي فقال اشتقاقه من الثني وهو الصرف وفي المغرب اشتقاقه
من الكف والصرف والرد يقال ثناه عن وجهه اذا كفه وصرفه فلا
يدل على الاخراج وفي كفاية الفحول والميزان الاستثنا من غير الجنس
كهو من الجنس استثنا حقيقة عند البعض والمشهور انه مجاز وهو
منقطع في كلمة الشهادة وهو استثنا حقيقة وذكر عبد الوهاب
من المالكية في مقدمة الاصول ان وضع الاستثنا ان يخرج ما لولاه
لانتظمه وذكر الاخراج باعتبار الصلاحية في اللفظ ولهذا يبين انه
انما ينتظمه عند عدم الاستثنا وفي المغني لابن قدامة الحنبلي الاستثنا
انما هو مبين ان المستثنى غير مراد بالكلام فهو يمنع ان يدخل فيه ما لولاه
لدخل وقوله تعالى الا خمسين عاما عبارة عن تسع ماية وخمسين سنة وهي
الباقي من المستثنى وقوله تعالى انني بري مما تعبدون الا الذي
فطرني تبري من غير الله لانه تبرا منه اولا ثم رجع عنه عند ثنتين لا غير
وهو رد على ابي بكر من الحنابلة قوله ان الاستثنا لا يبوت في عدد الطلاق

الثلاث

الثلاث ويجوز في المطلقات حتى لو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وقع الثلاث
وزعم ان الطلاق لا يرتفع بعد وقوعه فابطل قوله بما قلنا وقال ليس الاستثنا
لو اقع انشي كلام ابن قدامة وفي الميزان لعلاء الدين العالم السمرقندي لو لم يكن
الاستثنا ثابتا لادى الى التناسخ في كلام واحد فيودي الى التناقض في كلام
الله تعالى ومسايل الشافعي كلها تخرج على البيان اذ لم ينقل ذلك عن
الشافعي نصا ولا يمكن حمله على التعارض لان التعارض لا يكون الا بين
المثلين ولا مماثلة بين المستثنى منه والمستثنى لان المستثنى
منه كلام تام مستقل بنفسه والمستثنى ناقص غير مستقل بنفسه
ولا مفهوم له بذاته ولهذا لا يجوز الابتدا به والاقتصار عليه
فكيف يتحقق التعارض بين الكلام التام المستقل وبين التتمة
الفضلة وما لا يستقل بنفسه مع ان التعارض من يوجب التساقط
ويدل على بطلان دعوى الاخراج قوله تعالى في حق نوح عليه السلام
فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما اذ لا يتصور ان يكون قد
لبث فيهم الالف ثم تخرج الخمسين من الالف بعد الاخبار بلبثه فيهم
الالف بكماله فثبت ان اخباره بذلك لم يتناول الا تسع مائة وخمسين
فلم يبق الا انه لولا الاستثنا لكان صالحا لدخول الخمسين تحت
الالف وانما اخرجه من الصلاحية للاستثنا وهو عين مذهبنا ولا
يجوز ان يقال هو مريد للالف فاخرجه الاستثنا من الارادة قلنا هذا
فاسد من وجهين احدهما ان الله سبحانه قد علم انه ما لبث الخمسين المستثنى
من الالف فكيف يريده مع علمه انه لم يوجد والوجه الثاني انهم يقولون
انه يشترط في الاستثنا ان ينوي من اول الكلام انه يريد الاستثنا
ولا يريد المستثنى بالكلام الاول فكيف يكون مرادا بالاول وهو يريد ان لا
يكون وهو ظاهر التنافي وفي البسيط الصحيح ان يعتبر على الاستثنا
عند انشا الطلاق وادعى ابو بكر الفارسي فيه الاجماع وكذا قوله تعالى
فشربوا منه الا قليلا منهم فلو دخل القليل في الاخبار بالشرب يكونون
قد شربوا معهم فمن المحال ان يخرجوا بالاستثنا من الشرب بعد ما شربوا
فلم يبق الا الصلاحية ان يكونوا قد شربوا معهم لولا الاستثنا فثبت بذلك
ان صدر الكلام لم يتناول المستثنى مع الاستثنا اصلا فبقي تكلما بالحاصل

بعد الثنيا كما اوضحناه وهو كالتخصيص المقارن يوجب الحكم فيما وراء المخصوص من
الاصل ولا يتناول المخصوص وصار كما لو قال اقتلوا المشركين المحاربين لم
يكن غير المحاربين مرادا من المشركين من الابتدا وفي شرح المحصول للشيخ
شهاب الدين القرافي رحمه الله الوصف بالقصر يخرج الطوال وان لم يتناوله
لفظ القصر اصلا وقد سماه اخراجا فانهم يتساهلون في اخراج عليه
لاجل المصلاحية وحكى الترمذي عن الكسائي في شرح الجزولية ان المستثنى
يخرج من الاسم وحده فاذا قلت قام القوم الا زيدا كانك قلت قام القوم
نقص زيد ولم يتعرض للاخبار عن زيد بقيام ولا بغيره فيحتمل القيام وعدمه
ويدل عليه قوله تعالى فسجد الملائكة كلهم اجمعون الا ابليس ابى ان يكون
مع الساجدين فلولا انه يمكن ان يكون قد سجد لم يكن لقوله ابى ان يكون مع
الساجدين ولم يكن من الساجدين معنى ولا يقال انه تاكيد لان معاني الحروف
لا تؤكد فلا يقال ما قام القوم نفيا ولا هل قام زيد استفهاما فكذلك الا
لا تؤكد والسر في ذلك ان موضوع الحروف للاختصار والتاكيد اطالة
انتهت حكاية الزندي عن الكسائي وقال فخر الدين في المعالم وفي تفسيره
الكبير في سورة النسا الصحيح ان الاستثنا من النفي ليس باثبات لان
الاستثنا يقتضي صرف الحكم عن المستثنى لا صرف المحكوم به عنه واذا
كان تاثير الاستثنا في صرف الحكم فقط بقي المستثنى غير محكوم عليه
بنفي ولا باثبات ومما يدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة
الا بطهور ولا نكاح الا بولي ويقال لا ملك الا بالرجال ولا رجال الا
بالمال ولا يقتضي ذلك ان يكون الاستثنا من النفي اثباتا وتعرض القرافي
للجواب على قول النحاة وبعض الاصوليين والامام اقعد بالاصول وعلم
الكلام منه فلا يلتفت الى ما قاله وقال اتفق العلما ابو حنيفة وغيره
على ان الا للاخراج وان المستثنى مخرج فاذا قلنا قام القوم الا زيدا فهنا
امران القيام والحكم بالامر واختلفوا هل المستثنى مخرج من القيام
او من الحكم بالقيام فنحن نقول من القيام فيدخل في نقيضه وهو لا
قيام وعدم القيام والحنفية يقولون هو مستثنى من الحكم بالقيام
فيكون غير محكوم عليه وعندنا محكوم عليه بعدم القيام وعند
الفريقين هو مخرج ودخل في نقيض ما اخرج منه قال فافهم ذلك وقال

شمس

شمس الائمة في اصول الفقه الذي له وفي المبسوط لو قال اوصيت لفلان بثلث
مالي الا ثلث مالي كان باطلا وانما بطل لانه لا يبقى شي وراء المستثنى مع صحة
الرجوع في الوصية قال فعلم انه تصرف في الكلام لا في الحكم بالقيام فبطلت
الفائدة التي ذكرها قال القرافي لا اله الا الله تفيد التوحيد للقراين
والمقاصد واشتهار ان هذا هو المقصود من ذلك ومن زعم ان هذه
الصيغة تفيده بتجردها عن القراين فقد ابعد عن الانصاف وكذا
قوله ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين المقصود
منه نفي سلطنته عنهم لا اثبات السلطنة له على الغاوين وانما
ذلك بدليل من خارج وكذا قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا
خمسين عاما المقصود منه مدة لبثه فيهم لا نفي الخمسين قلت
قد انصف ورجع الى الحق وهذا يبطل قوله ان المستثنى يخرج من
القيام فيثبت نقيضه وهو لا قيام ومقتضى ذلك لا خمسين وقد ذكر
ان نفي الخمسين غير مقصود وانما المقصود اثبات مدة لبثه وهي
تسع مائة وخمسون قلت واصحابنا زادوا على ما قال وهو ان الاستثنا
فيه معنى الغاية وما بعد الغاية يخالف ما قبلها كالليل في الصوم
فيكون القراين والمقاصد مقوية لذلك فعلى هذا اذا قال لي عليك
الف درهم فقال ليس لك علي الا مائة درهم لزم المائة بالجواب
والقراين ومعنى الغاية واذا تقرر ما ذكرناه فقوله انت طالق
ثلاثا الا واحدة فالباقي بعد المستثنى طلقتان فيقعان واذا قال
الا اثنتين يبقى بعد المستثنى واحدة فيقع واحدة ولا يصح
استثنا الكل من الكل لانه لا يبقى بعد المستثنى شي اعلم ان مسئلة
الاستثنا فيها اضطراب كثير بين الفقهاء والنحاة وذكر ابن طلحة
في مختصره المعروف بالمدخل قولين في جواز استثنا الكل من الكل
وقال الامدي منع بعض اهل اللغة استثنا العقد ولا يقول له
علي مائة الا عشرة بل الا خمسة وذهب ابو بكر من الحنابلة الى ان
الاستثنا لا يكون في الطلاق فاذا قال انت طالق ثلاثا الا واحدة
وقد ذكرنا بطلانه وذهب النحاة من اهل الكوفة والبصرة الى ان
استثنا الاكثر غير جائز واختلفوا في جواز استثنا النصف وتبعهم
احمد بن حنبل فيهما وذهب الى ذلك بعض المالكية ايضا وفي البدايع

والميزان روي عن ابي يوسف وهو قول الفرا انه لا يجوز استثنا الاكثر من الاقل
وصوابه من الكل وفي الاستيجابي وروي عن ابي يوسف لا يجوز استثنا الاكثر
وهو الصواب وزعموا ان العرب لا يوجد في كلامها له على عشرة الا تسعة
ولم تتكلم به وللفقها ان الاستثنا تكلم بالحاصل بعد الثنيا فاذا بقي
شي بعد المستثنا صح الاستثنا والعرب لم تمنع من ذلك وان سلم انها
لم تتكلم به الا ترى ان العرب ايضا لم تتكلم بان تقول لفلان مايه الا ربع وسدس
درهم وسائر الكسور وهو صحيح واستدل الفقها ايضا بقوله تعالى
ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون
اكثر عباده واجاب النحويون من ذلك بجوابين احدهما ان الاستثنا
لان الاضافة لتشريف المضاف فلم يدخل الغاوون تحت المستثنا
منه لولا الاستثنا والجواب الثاني قوله الا من اتبعك من الغاوين اقل
من المستثنى منه لان قوله عبادي يتنا ول الملايكه لكونه جمعا اضيف
الى الله تعالى والمتبع له بعض الغاوين لان من اتبع هواه من الغاوين
ايضا وكل الغاوين اقل من الملايكة وفي الحديث الملايكة يطوفون بالحشر
سبعة ادوار وذلك اعظم من في الحشر وفي الحديث ما في السما موضع
شبر الا وفيه ملك يسبح الله ولان الاستثنا حاصل في الكثير كحصوله في القليل
والمانع تحجه وقلة استعماله او عدمه وذلك يوثر لان الكلام في الصحة
لا في التقبيح ولا في الحسن ثم انما لا يصح الكل من الكل لفظا اما حالا وحكما
يصح ذكر في المبسوط وقاضي خان كما لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا او قال نسائه
طوالق الا فلانه وفلانه وفلانة وليس له امراة سواهن صح الاستثنا
ولا تطلق واحدة منهن ولو قال انت طالق اربعا الا ثلاثا صح الاستثنا
وتقع واحدة وفي المحيط قال انت طالق ثنتين وثنتين وثنتين ان نوى
استثنا الاولى او الاخيرة لا يصح لانه استثنا الكل فيقع الثلاث وان نوى
واحدة من الاولى وواحدة من الثانية يصح ويقع ثنتان وكذا عند
عدم النية خلافا لزفر وابن حنبل لانه يمكن تصحيحه بالصرف الى الكل
العددين وفي الذخيرة هذا قول ابي يوسف وروى هشام عن محمد لو
قال انت طالق ثنتين وثنتين الا ثلاثا وقع الثلاث لان استثنا الثلاث
من الثنتين لا يمكن لانه يزيد على المستثنى منه ولا استثنا نصف الثلاث
من كل ثنتين لانه استثنا جميع الثنتين لان ذكر بعض ما لا يتجزا كذكر

كله

كله ولا استثنى واحدة من احدى الثنتين لانه يبقى ثنتان مستثنى
من الاخرى فيكون استثنا الكل ولو قال ثلاثا الا نصفا يقع ثنتان عند
ابي يوسف وجعل استثنا النصف للكل وعند محمد يقع الثلاث وجعل بقية
النصف تبقيه للكل وبه قال مالك ذكره في الجواهر والشافعي ذكره في
البسيط وابن حنبل ذكره في المغني وفي الذخيرة الحاصل ان النصف لا
يتجزا في الوقوع وكذا في الاستثنا عند ابي يوسف وعن محمد روايتان
وعلى هذا لو قال انت طالق واحدة ونصفا الا واحدة ونصفا فعلى قول
ابي يوسف يقع ثنتان وهو رواية عن محمد وعنه يقع واحدة وفي البدايع
قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثنا
ووقع الثلاث عند ابي حنيفة وعندهما تقع ثنتين وعن ابي يوسف
تطلق واحدة ووجه ذلك ان الاستثنا يقتصر على الاولى والثانية
عند ابي يوسف وعلى الاولى عند محمد ولو قال انت طالق واحدة وواحدة
وواحدة الا ثلاثا بطل الاستثنا ولو قال انت طالق ثنتين وواحدة
او واحدة وثنتين الا ثنتين فهي ثلاث ولو قال انت طالق واحدة
وثنتين الا واحده يقع ثنتان ويصير مستثنيا الواحد من الثنتين
ولو قال ثنتين واربعا الا خمسا يقع الثلاث والاستثنا باطل ذكره
القدوري وفي المنتقى قال انت طالق ثلاثا وثلاثا الا اربعا فهي ثلاث
عند ابي حنيفة وروي عن محمد ويصير قوله وثلاثا ثانيا لغوا فاصلا
وقال ابو يوسف تطلق ثنتين وهو الظاهر من قول محمد وذكر شيخ
الاسلام انه ينوي ان قال عنيت الثنتين من الثلاث الاولى والثنتين
من الثلاث الاخيرة يصح الاستثنا والا فلا ولم يشترط تلك النية في المنتقى
وكذا الحلواني لم يشترطها على قولهما وصار حاصل مذهبهما كانه قال
انت طالق ستا الا اربعا وقد ذكر القدوري في شرحه اذا اوقع اكثر من
الثلاث ثم استثنى كان الاستثنا من جملة العدد لا من الثلاث التي عليها وقوعها
مثاله قال انت طالق عشرا الا تسعا يقع واحدة ولو قال الا ثمانيا يقع
ثنتان ولو قال الا سبعا يقع الثلاث ولو قال نساؤه طوالق الا زينب
لم تطلق وان لم يكن له غيرها ولو قال هذه طالق وهذه وهذه الا هذه
كان الاستثنا باطلا ولو قال انت طالق خمسا الا واحدة وقع الثلاث وفي
وجه الحنابلة يقع ثنتان ذكره القاضي منهم لانه يكون استثنا من ايلكه

وهو الثلاث وما زاد عليها لغو ومنع ابن حنبل استثنا الاكثر واخذ بقول
النحاة فيه ولو قالت انت طالق ثلاثا الا ثنتين الا واحدة صح الاستثنا
وتقع واحدة فقد جوز استثنا الثنتين من الثلاث وهما اكثرها وترك
اصله وعندنا يقع ثنتان قال في المحيط لانه استثنا واحدة من ثنتين
بقي واحدة استثناها من الثلاث فيبقى ثنتان والوجه استثنا
ثنتين من الثلاث يبقى واحدة استثناها من الثنتين يبقى
المستثنى واحده لاغير فيقع ثنتان وفي المحيط لو قال انت
طالق ثلاثا الا واحده و واحده و واحدة او قال ثلاثا الا
ثنتين و واحدة وقع الثلاث لانه استثنا الكل من الكل وفيما
خلاف زفر ولو قال ثلاثا الا واحدة او ثنتين ومات قبل البيان
طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف وفي رواية اخرى
يقع ثنتان قلت هذه الرواية توافق اصل ابي يوسف فان الاستثنا
اخراج بعض من كل عنده فلا يخرج الا المتيقن به وهو الواحد
ويناسب الاول قول محمد لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا عنده
والاستثنا ما لولاه لدخل فوقع الشك في دخوله ونظير هذا
ما لو قال لفلان علي الف الا مايه او خمسين يلزمه عند ابي يوسف
تسع مايه وخمسون لوقوع الشك في اخراج مايه او خمسين فلا
يخرج الا المتحقق وهو الخمسون وعند محمد تكلم بالحاصل بعد الثنيا
فوقع الشك في الباقي فلا يلزمه الا المتيقن وهو تسع مايه ذكر
كذلك منها في جامع صدر الدين الحلاطي وغيره ومذهب محمد
رواية ابي حفص وهو الصحيح ومذهب ابي يوسف رواية ابي سليمان
واذا كان الاستثنا بغير عطف كان الاستثنا من المستثنى واذا
كان بالعطف كان الاستثنا من المستثنى منه فاذا قال انت طالق
ثلاثا الا واحده و واحده يقع واحده لانه قد استثنى ثنتين
وكذا الا واحده والا واحده ولو قال انت طالق ثلاثا الا واحده
الا واحده يقع ثنتان والاستثنا الاخير باطل لانه استثنى من غير
عدد متعدد وطريقة اخرى لمعرفته باحد ثلثا بيمينك وثنتين
بيسارك وهو ثنتان و واحده بيمينك فيكون بيمينك اربعة
فيسقط منها ما بيسارك وهو ثنتان وهو الواقع وعلى هذا امثلة

مشهورة

مشهورة في الاقارير رجل قال لفلان علي عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة
الا سته الا خمسه الا اربعة الا ثلاثه الا اثنين الا واحدا يلزمه خمسة
وكذا اليسر له علي عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الى اخرها يلزمه
خمسة وعلى هذا له علي مايه الا تسعين الا ثمانين الا الى عشرة يلزمه
خمسون ولتخرجها طريقان احدهما ان يجعل الازواج وهي العشرة
والثمانيه والسته والاربعة والاثنان بيمينك وذلك ثلاثون
والافراد وهي التسعه والسبعة والخمسه والثلاثه والواحد
بيسارك وذلك خمسة وعشرون فيسقط ما بيسارك مما
من يمينك يبقى خمسة وهو المقر بها وان شيت اخذت الواحد
واسقطه مما فوقه وهو ثنتان يبقى واحد ثم تسقطه مما فوقه
وهو ثلاثه يبقى اثنان يسقطهما من الخمسة يبقى ثلاثه يسقطها
من ستة يبقى ثلاثه يسقطها من السبعة يبقى اربعة يسقطها من
الثمانية يبقى اربعة يسقطها من التسعة يبقى خمسه يسقطها
من العشرة يبقى خمسة وهي التي اقر بها وذكر الرماني في شرح
اصول ابن السراج لو قال له عندي مايه الا درهمين فهو اقرار
بثمانية وتسعين وبالرفع اقرار بمايه لانها صفة فكانه قال
مايه غير درهمين ولو قال له عندي مايه الا درهمان فهو اقرار بدرهمين همين
وان نصب درهمين لم يقر بشي وفي شرح المحصول للقرافي له علي
عشرة الا اربعه والا خمسه يمتنع ان تكون الخمسة مستثناة من
الاربعة لامرين احدهما انها اكثر من الاربعه ولاجل العطف فكان
استثنا من الاول فيلزمه درهم وان قال الا اربعه والا ثلاثه يمتنع ان
يكون استثنا من الاربعه للعطف فقط فيلزمه ثلاثه وفي المحيط وعين
سمي الاستثنا بالا واخواتها استثنا التحصيل وبمشية الله استثنا
التعطيل وفي المحيط الامر لا يرفعه الاستثنا وفي الجامع ما يدل على
رفعه وفي الذخيرة مريض قال لورثته اعتقوا عبدي فلانا بعد موتي
ان شا الله صح الايصا وبطل الاستثنا ولو قال هو حر بعد موتي ان شا
الله بطل الايجاب وهو استحسان اخذ به محمد رحمه الله فالحاصل ان
الاستثنا في الامر باطل حتى ان من قال لغيره بع عبدي ان شا الله كان
الاستثنا باطلا وللمامور بيعه وفي الايجاب صحيح والفرق ان الايجاب يقع

ملزوما فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء فيه حتى لا يلزمه حكمه والأمر لا يقع
ملزوما القدرة على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء فيه وفي المنتقى قال أنت
طالق ثلاثا إلا ما شاء الله تطلق واحدة قال الاستثناء للأكثر وعنه لا يقع أصلا
ذكره في الذخيرة وعزاه إلى شمس الأئمة الحلواني وكان يقول إن دخل إن شاء الله
على ما يختص باللسان كالطلاق والعتاق والبيع يرفعه حكمه وإن دخل على
ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه وكان يقول إذا قال نويت أن أصوم غدا إن
شاء الله يجوز أداؤه بتلك النية لأن النية تختص بالقلب دون اللسان وقد
أوضحنا في كتاب الصوم وفي قنية المنية قال أنت طالق رجعي إن شاء الله يقع ولو
قال أنت طالق باين إن شاء الله لا يقع ولو قال أنت طالق رجعيا أو باينا إن شاء
الله يسأل فإن عنى البائن يقع ولا يعمل الاستثناء اعترض جمال الدين ابن الحاجب
في شرح مقدمته فقال معلوم من يقول الاستثناء تبيين لغرض المتكلم بالمستثنى
منه كالتخصيص ولا فرق إلا من جهة الاتصال قال وهو غير مستقيم الجواز
له عندي عشرة إلا درهما إذ العشرة نص في مدلولها ولا يصح أن يقال إن المتكلم
بالعشرة أراد بها تسعة وذكر إلا واحدا ليبين مراده لبطلان النصوصية
وإجماع النحويين على أن الاستثناء المتصل إخراج مبطل له أيضا قال ومنهم
من قال المستثنى منه وآلة الاستثناء والمستثنى جميعا لمعنى واحد وكأن
للتسعة عبارتان إحداهما تسعة مختصر والأخرى عشرة إلا واحدا وهو
أيضا غير مستقيم لأنا قاطعون بأن المتكلم بالعشرة معبر بالعشرة عن مدلولها
الذي هو خمسان وبإلا عن معنى الإخراج وبالواحد أنه مخرج ولو كان كما قالوا
لم يستقم فهم هذه المعاني منها كما لا يستقيم أن يفهم من بعض حروف التسعة
عند إطلاقها على مدلولها معنى آخر تحكمت لا يستقيم من ذلك الإرادة التسعة
لأن الله تعالى قال فلبث فيهم ألف سنة فلو أراد الألف من لفظ الألف لما تخلف
مراده من إرادته فعلم أنه ما أراد إلا تسعمائة وخمسين من الألف فكذا المتكلم
بالعشرة مع استثناء الدرهم لم يرد منها إلا التسعة وقال فخر الدين الرازي
في المحصول الاستثناء مع المستثنى منه كاللفظة الواحدة الدالة على شيء
واحد فالتسعة مثلا لها اسمان التسعة والعشرة إلا واحدا وهو أقعد
بأصول الفقه من ابن الحاجب ثم قال والحق أن التخصيص جنس والاستثناء نوع
من التخصيص والفرق بين التخصيص والاستثناء هو الفرق بين العام والخاص
عندي والعشرة نص في مدلولها عند عدم الاستثناء ومع استثناء الواحد

من

من العشرة نص في التسعة وقوله وإجماع النحويين على الإخراج غير صحيح فإن
الرندي قد حكى عن الكسائي خلافه ومحمد بن الحسن من أعظم النحويين قاله
الفراء محمد إلخ حتى نقله عنه فخر الإسلام علي البزدوي في شرح الجامع وذكر
الخطيب صاحب تاريخ بغداد أن محمد ابن الحسن أنفق خمسة عشر ألفا
على النحو وخمسة عشر ألفا على الفقه وقد قال إن الاستثناء ما لولاه لدخل
تحت المستثنى منه وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا وقوله إنا قاطعون
بأن المتكلم بالعشرة معبر بالعشرة عن مدلولها الذي هو خمسان وبإلا
عن معنى الإخراج وبالواحد أنه مخرج ولو كان كما قالوا لم يفهم هذه
المعاني منها كما لم يفهم من بعض حروف التسعة عند إطلاقها على مدلولها
معنى آخر قلت هذه مصادرة ولا نسلم أنه يفهم من العشرة خمسان مع
استثناء الدرهم منها بل المفهوم من ذلك تسعة لا غير ولا بإلا معنى
الإخراج لأن الاستثناء للعرف والرد لغة ولا بالواحد أنه مخرج بعد الدخول
في العشرة الواجبة كل ذلك على الخلاف وقوله كما لا يستقيم أن يفهم من
بعض حروف تسعة عند إطلاقها معنى آخر فاسد وليس ذلك نظير ما نحن
فيه لأن عدم فهم ما ذكر لعدم الوضع والاستعمال في غيرها والاستثناء
مستعمل فيما ذكرناه لغة وعرفا وشرعا ثم أورد على ما اختاره اعتراضات من
جهتنا منها إذا قال له علي عشرة إلا درهما وقصد إلى العشرة بكمالها ثم
أخرج منها الدرهم كان مستثنيا للدرهم موجبا عليه بالأول باقيا له
بالاستثناء ويلزم من ذلك الكذب في الإخبارات وعند ذلك يتعذر الاستثناء
في كلام الله تعالى وكلام الرسول فإنه إذا قال فلبث فيهم ألف سنة اقتضى لبثه
فيهم الألف بكماله لبثا وإن الألف جميع مدلوله لكونه نصا فيه على ما ادعى وإذا
قال إلا خمسين عاما وقد تناول الألف جميع مدلوله فيكون قد لبث الألف
بكماله وباستثناء الخمسين يصير مثبتا للبث المنفي بأول الكلام ونافيا للبث
الخمسين بالاستثناء وهو محال ولا يجوز مثله على الله سبحانه وكذا قوله تعالى
فشربوا منه يعني كلهم إلا قليلا أي بعضهم لم يشربوا منه فيصير التقدير
عند الإخبار بشربهم هذا المستثنى قد شربوا منه بصدر الكلام ما شربوا
منه بآخر الكلام بالاستثناء وذلك ممتنع قطعا ثم قال يلزمهم مثل ذلك في غير
هذا الباب وهو بدل البعض وبدل الاشتمال وقد قال الله تعالى ولله على الناس
حج البيت من استطاع إليه سبيلا وإذا كان حج من ذكر الناس مع الوجوب الوجوب

على الجميع يستحيل ان يذكر مع ذلك ما يدل على انه واجب على بعضهم او يصير التقدير
امرت الجميع اردت البعض في وقت واحد قلت لو كان ما قاله عنا في البدل
صحيحا الا يلزمنا ان نقول في الاستثنا مثله لانه يلزم القول بزيادة الحال مع
ان ذلك مذهبه في الاستثنا وهو خلاف الاجماع في البدل لانه قال في
مقدمته في النحو البدل تابع مقصود بالنسبة دون متبوعه فلم يتناول
المدلول البدل في النسبة اصلا ومثله في المفصل وقال ابن عصفور في
شرح الجمل المدلول منه مطرح في المعنى دون اللفظ والبدل هو
العوض لغة قال تعالى عسى ربنا ان يبدلنا خيرا منها وقال الرندي
البدل وضع الشي مكان شي اخر وقال الرماني البدل هو ان يقدر في
موضع الاول مثاله مررت برجل زيد كانك تقول مررت بزيد فبطل قوله
وان كان يجب من ذكر الناس مع الوجوب الوجوب على الناس جميعهم لان الناس
المبدل منهم غير مراد بالوجوب بل المراد بالوجوب المستطيعون ولا
يصير المعنى امرت الناس امرت المستطيعين لان الناس غير المستطيعين
من الناس لان الايجاب على العاجز غير جايز وهذا ما لا خلاف فيه في الاية
ثم قال ان المستثنى منه مراد به الجميع بالنظر الى الافراد من غير حكم بالاسناد
ثم ما خرج منه المستثنى على التحقيق ثم حكم بالاسناد بعد تقدير الاخراج
قلت ان اسلم ان المستثنى غير مراد من المستثنى منه في حق الاستثنا والحكم
لم يبق الا دلالة اللفظ على الجميع بغير حكم ولا ينازعه في ذلك احد من الناس
وبعد الاستثنا لا يبقى الصدر دالا على الكل فهذا نزاع لفظي لا طايل تحته
وقد اعترف انه لم يخرج المستثنى من حكم المستثنى منه اذ لم يتنا وله الحكم
قبل الاستثنا وانما اخرج من دلالة اللفظ عليه وهذا منه غير تحقيق
لمحل الخلاف بل الاستثنا عند القايلين بالاخراج اخراج للمستثنى من حكم
المستثنى منه بعد تناول الصدر له على سبيل المعارضة اذ ثبت للمستثنى
نقيض حكم المستثنى منه نص على ذلك من تكلم في اصول الفقه من الشافعية
والمالكية وغيرهم فلو لم يكن للمستثنى منه حكم في المستثنى باول الكلام لم يثبت
نقيضه فيه بعد الاستثنا وقد نصوا على ان لا اله الا الله نفي بالصدر
واثبات له بالاستثنا فبطل بذلك قوله من غير حكم بالاسناد فما خرج منه المستثنى
ثم حكم بالاسناد وفي المحصول اكرم بني تميم الطوال خرج منه القصار فالاخراج
يستعمل عندهم وان لم يتناوله الاول لمخالفة الاول في الشمول لا غير وقد تقدم :

ان

ان الاستثنا جنسان استثنا تعطيل وهو قوله ان شا الله واستثنا تحصيل وهو بالا
واخواتها وهي اثنتا عشرة كلمة ذكرها النحويون في كتب النحو بعضها اسما وبعضها
افعال وبعضها حروف وقال في البدايع هو نوعان استثنا عرفي وهو الاول
واستثنا وضعي وهو الثاني والله تعالى اعلم بالصواب واليه الماب

باب طلاق المريض

قوله واذا طلق الرجل امراته في مرض موته طلاقا باينا فمات وهي في عدته
ورثته استحسانا وان مات بعد انقضا عدتها فلا ميراث لها اعلم ان
هذه المسلة وهي طلاق المريض لاهل العلم اربعة عشر قولا القول الاول
انه لا يقع طلاقه وعزاه ابو محمد ابن حزم الى عثمان رضي الله عنه وقال ابو
بكر ابن المنذر في الاشراف اجمع كل من يحفظ عنه قوله على ان من طلق امراته
مدخولا بها طلاقا يملك رجعتها وهو صحيح او مريض فمات قبل انقضا عدتها
انهما يتوارثان واجمع اهل العلم على ان من طلق زوجته وهو صحيح في كل
طهر تطليقة ثم مات احدهما لا ميراث للحي منهما من الميت وافترقوا فيمن
طلق امراته بعد الدخول بها ثم مات من مرضه والقول الثاني يقع طلاقه
وترثه بشرط قيام العدة على ما ياتي تفصيله وهو مذهبنا واشتراط
قيام العدة قول عمر وابنه وابن مسعود وابي ابن كعب وعايشة وبه قال
المغيرة والنخعي وابن سيرين وعروة والشعبي وشريح وربيعة ابن ابي عبد
الرحمن وطاوس والاوزاعي وابن شبرمة والليث ابن سعد وسفيان الثوري
وحماد ابن ابي سليمان والحارث العكلي ذكر ذلك في الاشراف لابن المنذر
وفي المحلى في شرح المحلى لابن حزم وغيرهما والقول الثالث ترثه ما لم تتزوج
زوجا اخر وان انقضت عدتها وهو قول ابن ابي ليلى وابن حنبل واسحق
وابو عبيد والقول الرابع ترثه وان تزوجت عشرة ازواج وبه قال مالك
والليث في رواية عنه ذكره في القواعد لابن رشد الحافظ والقول الخامس
ترثه ويرثها وبه قال الحسن ابن ابي الحسن البصري رحمه الله والقول السادس
ان صح منه ومات من مرض اخر لا ترثه عندنا وقال الزهري والثوري والاوزاعي
وزفر ابن الهذيل وابن حنبل واسحق ابن راهويه ترثه اذا مات قبل انقضا
عدتها منه ذكره عنهم ابن حزم في المحلى والقول السابع يتوارثان اذا كان بهما
حملا وقصد المضارة وهو قول عروة ابن الزبير والقول الثامن ترثه وتنتقل

عدتها العدة الوفاة ما لم تنكح وبه قال الشعبي والقول التاسع تعتد
بابعد الاجلين على ما ياتي من ثلاث حيض او اربعة اشهر وهو قول ابي حنيفة
ومحمد والقول العاشر ترث قبل الدخول ولها نصف الميراث ولا عدة
عليها قاله مجاهد ومالك وبكير والقول الحادي عشر لها الميراث وجميع
الصداق قبل الدخول وعليها العدة وهو قول الحسن واحمد واسحق
وابي عبيد والقول الثاني عشر لو خيرها فطلقت نفسها ثلاثا او اختلعت
منه او حلف بطلاقها على دخولها الدار وهو صحيح عند الحلف ثم مرض عند
الدخول او قال وهو صحيح اذا قدم فلان فانت طالق ثلاثا فقدم وهو مريض
فطلقت ثلاثا لا ترثه عندنا وعند مالك ترثه في الكل والقول الثالث عشر
يجب الصداق لها كاملا ولا ميراث لها ولا عدة عليها وبه قال جابر ابن زيد
والقول الرابع عشر لا ترثه اصلا قبل الدخول وبعده وهو قول الظاهرية
وابي ثور واختاره ابن المنذر في الاشراف وهو الجديد للشافعي وفي القديم
الزوج فار والميراث المتوفيه ثلاثة اقوال اولها قولنا والثاني قول ابن حنبل
والثالث قول مالك ابدا اذكر في البسيط **فرع** طلق زوجاته الاربع
وتزوج اربعا ومات ففيه ثلاثة اوجه احدها ميراث النسا للمطلقات ولا سبيل
الى الزيادة على الاربع حتى يجتمعن والوجه الثاني للمنكوحات لقيام النكاح
فيهن من كل وجه ولهذا حل وطيهن والوجه الثالث يوزع عليهن وفي
المبسوط القياس ان لا ترث وهو احد اقاويل الشافعي قلت عليه مواخذتان
احداهما ان الشافعي رجع عن القديم وغسل كتبه القديمة واشهد على نفسه
به فلا يجوز ان ينسب اليه ويجعل قولا له ذكره جماعة من الشافعية منهم تاج
الدين الفركاح وصنف فيه مختصرا والثانية له فيها تسعة اقوال فلا ينبغي
ان يقال احد اقاويل الشافعي على ما تقدم قال ابن حزم والعجب من توريث الما
لكية المختلعة المختار نفسها والتاسعة الى الحنيفية من مرضه في يمينه التي
كانت في الصحة وهي كارهة لمفارقتها فكيف تكون فارا ومما في العجب اكثر منعهم
المتزوجة في المرض من الميراث الذي اوجبه الله لها يقينا بالزوجية الصحيحة
وتوريثهم المطلقة ثلاثا في المرض وجه المنع من الارث ان النكاح قد زال
بالثلث والبائن ولهذا لا تحل له الا بزوج وبعقد جديد ولهذا لو حلف انه
ليس له زوجة لا يحنث بها في العدة ولان ابنه يحوز جميع ميراثه بالاجماع وهذا
انقطع سبب ارثها وهو قابل للقطع والبنوة لا تقبل الانقطاع والضعيف

والمختلف

والمختلف فيه لا يزاحم القوي والجمهور عليه واصحابنا والمالكية ادعوا الاجماع في
توريث امراة الفار وانما اختلفوا في اشتراط العدة وذلك ان عبد الرحمن
ابن عوف لما طلق امراته تماضر بنت الاصبغ ابن زياد ابن الحصين الكلبية
وبت طلاقها ثم مات وهي في العدة ورثها عثمان ابن عفان رضي الله عنه
وذلك بمحضر من المهاجرين والانصار وتماضر بنت عمرو بن الرشيد
السلمية هي الخنسا الشاعرة ادركت الاسلام واسلمت مع قومها بني
سليم وفي المحلى لابن حزم فكلمه عثمان ليراجعها وقال انما فعل كراهة
ان ترث مع ام كلثوم بنت عقبة اختي قال نافع وكان ذلك اخر طلقاتها
وروي عن عثمان انه لما قضى بتوريثها قال فر من كتاب الله وروي عنه
انه قال ما فررت من كتاب الله اي ما قصدت الفرار وحصل لها بالصلح
من ربع ثمنها ثمانون الفا وذكر بعض اهل الحديث انها كانت دنانير
وذكر عبد الغني في الاربعين ان ورثته كانوا يقطعون سبايك الذهب
بالفوس ويقتسمونها وفي المبسوط قال عثمان ما اتهمته ولكن اردت
السنه ولان المطلق في مرض الموت فار منها حق روي عن عثمان انه قال
فرار من كتاب الله فوجب ان يجازى بنقيض قصده في رد ما قصد ابطاله
مراغمة له ومجازاة في سوء صنيعه كما رد الشرع على مستعجل الارث بقتل
مورثه قصده بحرمانه ارثه ولانه لما لم يجز له ان ينقص من ميراثها
الثلث في هذه الحالة فاولى ان لا يجوز قطعه وابطاله بالكلية فيها
فان لم يقض حقهم فاولى ان لا يجوز اسقاط بعضهم في مرض الموت فكان
النكاح قايما في حق الارث كالطلاق الرجعي ومذهب الشافعي اولى لان
الرجعي يحرم الوطء عنده كالبائن ولم يمنع الميراث في العدة وفي الجواهر
والمحلى [illegible] وابيه كان توريث عثمان بعد انقضا العدة وروى هشيم
عن محمد ابن ابي سلمة عن ابيه انه كان بعد العدة وروى عنه ابو عوانة
انه كان في العدة قال ابو محمد وعمر هذا ضعيف لكن ثبت من طريق عبد
الرزاق عن ابن جريج عن ابي مليكة انه سال عبد الله بن الزبير قال طلق
عبد الرحمن بن عوف بنت الاصبغ الكلبية فبتها ثم مات في العدة فورثها
عثمان رواه عنه الحجاج ابن المنهال وسعيد ابن منصور وفي المحلى قال
لها اذا طهرت يعني من حيضها فلتوذني فطهرت فارسلت اليه وهو
مريض فغضب وقال هي طالق البته لا رجعة لها فلم يلبث الا يسيرا حتى

مات وهذا دليل على بقا العدة وقد اتفق الحجاج بن المنهال وسعيد ابن
منصور وعلي ان توريثها كان في العدة وقد ذكرنا انه قول الجمهور
ويحتمل قول من قال انه ورثها بعد انقضا العدة مع ضعفه انه كان
تاخير المخاصمة والقسمة وقع بعد العدة وكان موته قبل انقضا العدة
يدل عليه قوله فلم يلبث الا يسيرا حتى مات هكذا في المحلى وليس فيه
سوال الطلاق فيها بل فيه الاعلام بطهرها من الحيضة كما سالها زوجها
ولا شهوا اذا حكموا بتوريثها بعد العدة وسوالها الطلاق كانوا اولى
ان يتولوا بذلك قبل انقضا العدة بدون سوال الطلاق وفي طريقة
نجم الدين الحفصي هذه الاثار ورد بعضها شهاب الايمة في طريقته
وبعضها ناصر الشريعة في الطريقة واما بوا عن قول ابن الزبير في
خلافته لو كنت انا لم اقل بتوريثها انه لم يكن في ذلك الوقت من الفقها
وفي البدايع وكان الاجماع قد انعقد على ذلك وخلافه بعد وقوع الاجماع
من الصحابة لا يقدح فيه لان انقراض العصر ليس بشرط لصحة الاجماع
لما عرف في اصول الفقه او خالفه لتوريثه بعد سوالها وقد روي
لعل عثمان كان يرى ان ذلك لا يسقط ارثها وفي المبسوط قال حلها
بانقضا العدة للزوج الثاني دليل حكمي فلا يبقى النكاح الاول به حقيقة
وحكما كوجوب الصلاة على التي انقطع دمها فيما دون العشرة ومن
الغمنايح قول ابن حزم ان المطلقة الرجعية زوجة فاذا كان ذلك في
المرض ولم يراجعها لا ترث ولم يرد ذلك في كتاب ولا سنة ولا قول صاحب
ولا قياس مع انكاره القياس وعند مالك في الطلاق الرجعي ترثه وان
انقضت العدة قبل موته ما لم يتطاول وفي المطلب خلاف ابن الزبير
لا يعتد به لانه لم يكن من فقها الصحابة في ذلك الوقت ولانه لا يعتد
بخلاف الواحد وان كان من الفقها كابن عباس في مسلة العول وخلاف
سعيد ابن المسيب في عدم اشتراط دخول الزوج الثاني وهو القايل
ان الرجل اذا تقدم ليضرب عنقه فطلق امراته ثلاثا فانها ترث منه
ولم يكن مريضا مرض الموت وانما الحق به **قوله** وان طلقها بسوالها
ثلاثا او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات
وهي في العدة لم ترثه وفيه خلاف مالك والاوزاعي على ما تقدم لانها
رضيت بابطال حقها والتاخير كان لحقها والرضى بالمبطل رضى

ببطلان

ببطلان حقها وهو قابل للابطال بخلاف النسب وفي موت الزوجة لا يرثها
الزوج لرضاه بالمسقط وفي المحيط الفرقة اذا جات من قبلها في مرضه
لم ترث منه لانها باشرت سبب بطلان حقها ولو جات الفرقة منها
في مرضها ورثها الزوج كجانبها قلت ينبغي ان لا يرثها لانا جعلنا قيام
العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها بخلاف جانبه
فان العدة قايمة عند موته حتى لو كانت منقضية عند موته لم ترثه
فاشبه الفرقة قبل الدخول وفي الفرقة بسبب الجب والعنة
وخيار البلوغ والعتق لا ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة
لان سبب الاضطرار لم يكن من جهة الزوج فلم يكن جانيا في الفرقة
وفي الجامع لو فارقته بخيار العتق والبلوغ ورثها الزوج لانها جات
من قبلها ولهذا لم يكن طلاقها وفي الينابيع جعله قول ابي حنيفة
ومحمد وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها
طلاق فكانت مضافة اليه ومتاصلها باق ان شا الله وان قالت طلقني
للرجعة فطلقها ثلاثا او واحدة باينة ورثته لان الطلاق الرجعي
لا يزيل النكاح ولهذا يحل وطيها عندنا ويصير به مراجعا على ما ياتي
فلم تكن بسوالها راضية ببطلان حقها وفي المحيط ايضا لو جامعها
ابنه مطاوعة او مكرهة ثم طلقها لا ترث لبطلان النكاح قبل
الطلاق فلم يعمل عمله وفي الذخيرة اذا جامعها ابن المريض او قبلها
بشهوة لا ترث الا ان يكون الاب امره به ذكره في الاصل ولو طلقها
باينا ثم جامعها ابنه او قبلها بشهوة ورثت لانه لا يثبت
الحرمة بينهما وهي تؤكد الميراث وان قال لها في مرضه كنت طلقتك
ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها
بوصية فلها الاقل من ذلك والميراث عند ابي حنيفة وقالا يجوز اقراره
ووصيته وفي الفتاوى ان لم يقر لها بدين فلها ان تتزوج في الحال
ولا ميراث لها لتصادقهما على بطلانه في الصحة وفي المحيط والذخيرة
قالت طلقني في حال المرض ثلاثا وقالت الورثة في صحته فالقول قولها
لانهم اقروا بالزوجية وهي سبب الارث بينهما ولم تقر هي بالمبطل بل
تدعي الورثة المبطل وهي تنكر وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم اقر
لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم

وفي الجامع يجعل هذا قول ابي حنيفة واحدة وقال زفر لها جميع ما اوصى به
وما اقر لان الميراث لما بطل بامرها بالطلاق الثلاث زال المانع من صحة
الاقرار والوصية للوارث ووجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما
تصادقا على طلاقها وانقضاء عدتها صارت اجنبية فاندفعت التهمة
الا ترى انه لا تقبل شهادته لها ويجوز دفع الزكاة اليها وفي هذه الحالة
بخلاف المسئلة الثانية على رواية هذا الكتاب لان العدة قائمة وهي
سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على القرابة
والنكاح ولابي حنيفة رضي الله عنه فيهما ان التهمة قائمة لان المراة
قد تختار الطلاق لينفتح لها باب الاقرار والوصية فيزيد حقها
والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة
لاحسانه اليها بزيادة من ماله في ميراثها وهذه الزيادة هي التي
يتهم فيها ولا تهمة في قدر الميراث فيرد ذلك ويصح قدر الميراث
لعدم التهمة ولا تهمة في وضع الزكاة فيها وقبول الشهادة
بعد الطلاق الثلاث اذ لا يتحقق الفرار فيهما قلت ينبغي ان ينظر
ان كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة وترك خدمتها له في
مرضه يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها حينئذ لا تهمة
في الاقرار لها وان كان ذلك في حال المطايبة ومبالغتها في خدمته
ينبغي ان لا يصح اقراره لها والوصية لان ذلك دليل على فتح باب الاقرار
والوصية لها كما قيل فيما اذا قالت له امراة غيري او قالت تريد ان
تتزوج علي فقال كل امراة لي او قال كل امراة اتزوجها طالق ثلاثا ولها
عندهما وعند ابي يوسف انه لا تطلق ولها لانه يقصد بذلك تطييب قلبها
وعورض بانها تحكمت عليه فيقصد بمثله طلاقها ايضا قال في الذخيرة
قيل الاول فيما اذا علم الحال ان كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة
تدل على غضبه يقع الطلاق عليها ايضا وان لم يكن كذلك فينبغي ما
ذكر في الذخيرة من تحكيم الحال هناك ان تحكيم الحال ههنا **قوله**
ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امراته بائنا لم ترثه وان بارز
رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات من ذلك الوجه او
قتل وقال عيسى بن ابان اذا قتل في رجم لا ترث لانه مرض الموت ما يكون
سببا للموت ولما مات بسبب اخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت لكنا

نقول

نقول لما طلقها وهو مريض فقد تحقق الفرار واتصل به الموت ولم يصح
من مرضه وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن
مرض الموت اذ لم ينقطع احتمال مرضه سببية الموت والمبارز والمقدم
للقتل قصاصا او رجما سبب ظاهر لموته ولهذا لو تبارزا فطلق كل
واحد زوجته ورثتا ويصير كل واحد منهما فارا فكان ذلك في معنى
مرض الموت وفي الذخيرة في رواية ابي سليمان عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
ان طلاق المبارز كطلاق الصحيح وهو خلاف ما ذكر في الاصل ومن المشايخ
من قال اذا اخرج للرجم فهو في حكم المريض وان اخرج للقصاص فهو في حكم
الصحيح قلت باعتبار ان العفو مندوب اليه فيغلب على الامر وجوده في
فعل الامر المندوب اليه ويعارض ذلك ان المرجوم اذا هرب من حرارة
الحجارة يترك فالظاهر هروبه والظاهر في الاول التشفي والغالب في
الاول السلامة لان الحصن للتحصن من العدو ووصف القتال منعه فلا
يثبت عند ذلك حكم الفرار وقوله لهذا اخوات تخرج على هذا الحرف
من الاول راكب السفينة والنازل في المسبعة او في خوف من عدو ومن
الثاني لو انكسرت السفينة وبقي على لوح هكذا في المحيط وفي جوامع الفقه
كان في سفينة واضطربت الامواج وكان الغالب منه الغرق فهو كمرض
الموت وفي قاضيخان وان هاجت الامواج وكسرت السفينة وبقي على
لوح يشترط فيه الجموع او وقع في فم سبع والمسلول والمفلوج والمقعد
ما دام يزداد ما به فهو من الثاني والا فهو من الاول ولو قرب للقتل
فطلق امراته ثم خلي عنه او حبس ثم قتل من ذلك او مات فهو بمنزلة المريض
ترثه وفي قاضيخان اختلف في المفلوج واخواته مشايخ بلخ قال محمد بن سلمة
ان كان لا يرجى برؤه بالتداوي فهو بمنزلة الصحيح وقال الفقيه ابو جعفر
الهندواني ان كان يزداد ابدا فهو بمنزلة المريض وان كان يزداد مرة ويقل
اخرى فهو كالصحيح وان مات قبل سنة فهو كالمريض وفي الذخيرة ان لم
يزد فهو بمنزلة الصحيح وبه اخذ بعض المشايخ وكان الصدر الكبير برهان
الائمة والصدر الشهيد حسام الدين يفتيان به ثم انما يتعلق حقها بماله
بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال
لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وفي قاضيخان الا بكلفة ومشقة وقيل مرض
الموت هو الذي اضنى المريض واذنفه واعجزه عن القيام بحوائجه اما من يجيء

ويذهب في حوائجه وتم فلا قال في الذخيرة هكذا ذكر محمد وهكذا ذكر القدوري في شرحه وهو الصحيح وقال مشايخ بلخ مراده ذهابه في حوائجه في البيت وهكذا في حق الرجل وفي حق المرأة لا تحتاج الى الخروج من البيت في حوائجها فلا يعتبر هذا الحد في حقها ولكن اذا كانت بحيث لا يمكنها صعود سطحها فهي مريضة وفي المحيط قيل ان امكنه القيام لحوائجه في بيته ويعجز عنه خارج البيت فهو مريض اذ ليس كل مريض يعجز عن القيام في البيت كالقيام للبول والغائط وقال بعض المشايخ من المتأخرين ان كان بحال يمكنه ان يخطو ثلاث خطوات من غير ان يستعين بغيره فهو بمنزلة الصحيح وهذا ضعيف فان المريض جدا لا يعجز عن هذا وقيل الذي يتعذر عليه اداء الصلاة جالسا وقيل لا يقدر ان يقوم الا ان يقيمه انسان وقيل ان لا يقدر على المشي الا ان يهادى بين اثنين وفي المرأة ان تعجز عن القيام بمصالح بيتها وقد ذكر محمد في الاصل مسائل تدل على ان الشرط خوف الهلاك الغالب لا كونه صاحب الفراش والمرأة في حالة الطلق في حكم المريض وفي الجامع لو طلقت نفسها ثلاثا في مرض موته فاجاز ورثت لان المبطل للميراث اجازته بخلاف سؤالها لرضاها بالمبطل وفي تتمة المنية لو اكره على طلاقها الثلاث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو اكرهت على سؤال طلاقها او اقر بفساد نكاحها او خلعها اجنبي في مرضه ترث ذكره في جوامع الفقه وكذا لو قال كنت طلقتك ثلاثا في صحتي او جامعت امك او تزوجتك بغير شهود **قوله** واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق ثلاثا وكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث منه وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذه المسألة على وجوه اما ان علق الطلاق بمجيء الغد او بفعل اجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض اما الوجهان الاولان وهو مجيء الوقت وفعل الغير فان كانا في المرض فلها الميراث للفرار بعد تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمنوط به عنده فكان ايقاعا في المرض ولنا انه كالمنجز عنده حكما من غير قصد ولا ظلم الا عن قصد ولهذا لو قال لها انت طالق ان دخلت الدار فدخلها وهو مجنون يقع فلو كان القصد شرطا عند الدخول لم يقع

واما

واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه وكان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل له منه بد او لا بد له منه يصير فارا لقصده الفرار اما بالتعليق او مباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له منه بد فله من التعليق الف بد فيرد عليه في حكم الارث واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد مثل كلام زيد ودخول الدار ونحوهما لم ترثه وفي المحيط وروي عن ابي يوسف انه لو علق طلاقها بدخول الدار ولها حاجة بدخول الدار ورثت وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام والصلاة والصوم وكلام الابوين وقضاء الدين والاستيفاء والقيام والقعود والشرب والتنفس فلها الميراث لانها مضطرة الى المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضى مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة فان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال في انه لا ميراث لها وان كان لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وبه قال زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف ترث وينتقل فعلها اليه لانها مضطرة لما ذكرنا وكذا في الاكراه وان كان التعليق والشرط في الصحة لم ترث في الوجوه كلها لعدم الفرار عندهما وفي شرح المدونة لابن يونس لو قال لها ان قدم فلان او دخلت بيتا وذلك في الصحة فوجد الشرط في المرض ورثته وكذا الواقع بخلع او ايلاء او لعان وفي الجواهر فان كان اصله منه وكماله منها او من غيرها كالمخير والحالف في صحته والملاعن وغير ذلك ففي توريثه قولان وفي المبسوط اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا ثم مرض ومات ورثته لانه كالمرسل عنده ولهذا لو قال ان جننت فانت طالق فجن لا يقع وقال ابو القاسم الصفار لا ترثه لانه يقع عليها الثلاث باول مرضه وعند ذلك لا يكون صاحب فراش وان قال المريض ان صححت من مرضي فانت طالق ثلاثا فصح من مرضه وقع الطلاق ولا ميراث لها ان مرض بعد ذلك لعدم الفرار منه قال واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح لم ترثه عندنا وقال زفر ترثه وهو قول الاوزاعي والزهري والثوري وابن حنبل واسحق ابن راهويه لانه قصد الفرار حين اوقعه في المرض وقد مات وهو مريض في عدتها ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة يزول به مرض الموت فتبين انها لم يكن لها حق تعلق بماله فلم

يكن الزوج فارًّا قلت اذا كان به حمى ربع حتى صار صاحب فراش فانقطعت وهو
منها ثم مات بحمى غب او غيرها من الامراض اما لو انقطعت حمى الربع وصح ثم
عادت حمى الربع يجعل الثانيه غير الاولى ولا احكم ز والسهل فينبغي ان ترثه
على هذا وفي المحيط القول قولها في انقضا العدة لانها امينه ولو قالت
ايست من الحيض فاعتددت بالاشهر ثم تزوجت باخر فولدت او قالت حضت
كان لها الميراث من الاول ان مات لانه ظهر غلطها في الاعتداد بالاشهر
فكانت عدتها باقية بالاقراء وفي الذخيرة لو لم يفعل شيا ولكنها تزوجت
بغيره بعد مدة تنقضي في مثلها ثم قالت لم تنقض منه لا تصدق وهي
امراة الثاني ولا ميراث لها وجعل اقدامها على الثاني اقرارا منها بانقضا
عدتها والمستحاضة اذا لم تحفظ عدتها [illegible] يوخذ فيها بالاقل في حق الارث
كالرجعة والصلاة احتياطا وفي المحيط اذا قال لامراته الكتابية انت طالق
غدا ثلاثا فاسلمت قبل الغد او بعده لا ترثه لعدم الفرار ولو قال ان
اسلمت فانت طالق ثلاثا ورثت لان ذلك زمان تعلق حقها بماله ولو
اسلمت فطلقها ثلاثا وهو لا يعلم باسلامها ترثه ولو اسلمت امراة
الكافر ثم طلقها في مرضه ثم اسلم ومات لا ترثه لان الطلاق حصل في
حال لا تستحق الميراث منه وكذا العبد لو طلق امراته في مرضه ثم
اعتق لا ترثه لانه لم يكن فارا ولو قالت الورثة للامة اعتقت بعد موته
فقالت اعتقت قبله فالقول لهم لانها اعترفت بالمبطل وهو كونها امة
وادعت زواله والارث منه والورثة منكرون لحقها ولو قالت كنت
امة واعتقت بعد موته وهي تقول ما زلت حرة فالقول قولها وفي الجامع
ارتدت او قبلت ابن زوجها وهي مريضة او اختارت نفسها بالبلوغ او
العتق ومات ورثها زوجها وبالعنة والجب الطارئ لا تتوارثان لانه
منه حتى كان طلاقها وطلبها رضى ومعنى المسله انه تزوج امراة ودخل بها
ثم طلقها باينا ثم جب وتزوجها في العدة فاختارت نفسها ثم مات في العدة
وانما وضع المسلة في الجب الطارئ لتكون العدة قايمة بالاتفاق لان خلوة
المجبوب لا يوجب العدة في القياس والدخول في الاول دخول في الثاني
عندهما خلافا لمحمد لان عنده تعود بقية العدة الاولى بعد ارتفاعها وفي
الينابيع لو ارتد في حال صحته فمات في الردة او قتل او لحق بدار الحرب
وهي في العدة ورثت منه ولو ارتدت هي مريضة وماتت ورثها الزوج

وكذا لو طاوعت ابنه وفي المحيط لو طلقها وهو مريض فارتدت ثم اسلمت لم ترثه
لانقطاع النكاح بالردة ولو ارتد ابتداء ثم اسلم الزوج ومات لا ترثه لانها
مرتدة فان اسلمت ثم مات الزوج مرتدا ورثته لان الفرقة وقعت
بسبب الزوج على الرده فكان بمنزلة الرده المبتداه منه ولو ارتد
فمات او لحق وله امراة مسلمة في العدة ورثته ولو ارتدت فماتت
او لحقت بالدار مرتدة لم يرثها لان ردته توجب القتل فقد اشرف
على الهلاك فصار كالمريض حتى ينفذ تبرعاته والمرتدة لا تقتل فلم
تكن كالمريضة فكانت الفرقه في الصحة وان كانت مريضة فارتدت ثم
ماتت ورثها الزوج استحسانا لان الفرقة حصلت بعد تعلق حقه
بمالها وان كان النكاح لا يمكن ابقاؤه مع الردة في حق الحل ولكن يمكن في
حق الارث وفي المنتقى وكل رجلا بطلاق امراته ثلاثا ثم مرض ولم يستطع
عزله فطلق الوكيل لم ترث وان قدر على عزله فلم يعزله فطلق ورثت
وقوله لو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه
وهي في العدة لم ترثه وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت
وقد ذكرت ذلك قال وجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث
اذ المرتدة لا ترث احدا ولا بقاء للارث بدون الاهلية وبالمطاوعة
ما ابطلت الاهليه لان المحرمية لا تنافي الارث وهي الباقية لانها
مطلوبها له في حال قيام النكاح حيث لا ترث لانها تثبت الفرقة فكانت
راضية ببطلان السبب وبعد الطلاق الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة
يعني حرمة الارث لتقدمها عليها وان ثبتت بها حرمة مؤبدة وحرمة
الطلاق الثلاث موقتة **قوله** ومن قذف امراته بالزنا وهو
صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد لا ترث وان كان القذف في المرض
ورثت في قولهم جميعا وهو لا يرثها وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها
منه اذ هي ملجاة الى اللعان لدفع عار الزنا عن نفسها وتقدم جنسها
وفي الجواهر في توريث المتلاعن قولان ولا ترث في الردة لعدم التهمة
وفي الامة والكتابية قولان لمراعات الطوارئ البعيدة وحماية الحمايه
وان آلى منها وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء
ايضا في المرض ورثت خلافا لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق البائن بمضي
اربعة اشهر خالية عن الوقاع او الفي باللسان فان قيل في الايلاء في الصحة

متمكن من ابطاله بالفيء فينبغي ان ترث كالمولي في الصحة وطلق في المرض لانه يمكنه عزله كما تقدم قلنا لا يتمكن منه الا بضرر فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف الوكيل والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث فيه في جميع الوجوه وكلما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد ذكرناه ووجهه والله اعلم

باب الرجعة

قوله اذا طلق الرجل امراته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض وهذا باجماع اهل العلم وفي المنافع الرجعة بفتح الراء وكسرها والفتح افصح والرجعة اسم من رجع رجوعا او رجعا يعني ان رجع يستعمل لازما ومتعديا فالرجوع مصدر اللازم كالقعود والجلوس والخروج والدخول فمن اللازم قوله لئن رجعنا الى المدينة فلما رجعوا الى ابيهم وانا اليه راجعون وقوله عليه الصلاة والسلام لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض ومن المتعدي قوله تعالى فان رجعك الله الى طائفة منهم الاية ثم اليه ترجعون فارجع البصر ومنه قوله تعالى انه على رجعه لقادر والهاء ضمير المفعول اي على اعادته ومثله والسماء ذات الرجع والرجع المطر سمي بالمصدر لان الله تعالى يرجعه وقتا

قال الشاعر

فهل يرجع التسليم او تكشف العمى ثلاث الاثافي والديار البلاقع

فالرجع مصدر المتعدي وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا والبعل الزوج والمراد به الزوج المطلق طلاقا رجعيا ان ارادوا اصلاحا لا اضرارا بهن والمراد بذلك ان الرجل اذا اراد رجعتها فابت الزوجة وجب ايثار قوله على قولها وكان هو احق منها لا ان لها حقا في الرجعة وليس المعنى ان الزوج احق من الاجانب فانه لا حق لهم البتة ولا يصح نكاحهم في الوقت الذي المطلق احق بها وهذه الاية تدل على شرعية الرجعة وشرطية العدة وعدم شرطية رضاها وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف والامساك هو الابقاء فدل على ان الرجعة استدامة النكاح اذ لولاها لزال فكان من شرطها قيام العدة لزوال الملك بانقضائها اجماعا وروى ابو داود عن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه الصلاة والسلام طلق حفصة ثم راجعها وفي المبسوط طلق سودة بقوله اعتدي ثم راجعها وروي ان علقمة طلق امراته فارتفع حيضها سبعة عشر شهرا ثم ماتت فورثه

ابن

ابن مسعود منها وقال ان الله تعالى حبس ميراثها عليك فدل على اعتبار العدة في الميراث ايضا وان طالت وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قال مر ابنك فليراجعها الحديث متفق عليه والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امراتي او ارتجعتك ذكره في المحيط ورددتك او امسكتك ذكره في المحيط وهما لغتان وهذه الالفاظ صريحة في الرجعة غير مفتقرة الى النية ومن الكنايات في الرجعة انت عندي كما كنت او قال انت امراتي ونوى به الرجعة صار مراجعا ذكره في الذخيرة وفي الحاوي عزاه الى محمد ابن مقاتل الرازي قاضي قضاة بغداد وفي البسيط اربعة الفاظ متفق عليها وهي قوله راجعت وارتجعت ورجعت ورددت قلت مراده مع ذكر المراة ظاهرا او ضميرا ولهذا ذكر في الروضة لو قال راجعت او قال ارتجعت لا ينفع وفي حصول الرجعة بقوله راجعتك بغير نية الرجعة قولان كنكاح الهازل ذكره في الجواهر وفي البسيط ترددوا هل يشترط في رددتك الي او الى نكاحك او الى عصمتي هذه الصلة ولا يشترط في الارتجاع والمراجعة ذكر الصلة والرجوع ملحق بالارتجاع واختلفوا في الامساك والنكاح والتزوج وفي الذخيرة لو قال راجعتك بمهر الف درهم ان قبلت صحت والا فلا لانها زيادة في المهر فيشترط قبولها وفي المرغيناني والحاوي قال راجعتك على الف قال ابو بكر لا يجب الالف ولا يصير زيادة في المهر كما في الاقالة بخلاف الاقالة ولا يجب الزيادة كذا هنا قال او يطاها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا قال ابن المنذر في الاشراف الجماع رجعة عند سعيد ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وسليمان التيمي وقال مالك واسحق ان اراد به الرجعة فهو رجعة وقال الشافعي وابو ثور والظاهرية الجماع ليس برجعة ولا يكون الا بالقول وقول ابن حنبل مضطرب فيه وفي المبسوط والذخيرة بالتقبيل بشهوة وبالنظر الى داخل بشهوة يصير مراجعا واشتراط الشهوة في التقبيل ولم يقيده بها في الكتاب والرجعة تثبت بالقبلة ونظائرها ولا يثبت بها البيان وذكر الكرخي ان البيان يثبت بالقبلة واما النظر الى موضع الجماع من دبرها فليس برجعة على

قياس قول ابي حنيفة وفي النوادر لابن رستم النظر الى الدبر ليس برجعة وفي
البدايع وهو قول محمد المرجوع اليه واختلفوا في الوطء في الدبر قيل انه ليس
برجعة اليه اشار القدوري في كتابه والفتوى على انه رجعة ويكره التقبيل
والمس بغير شهوة فدل على انه لا يكون به مراجعا وان قبلته بشهوة
او لمسته بشهوة او نظرت الى فرجه بشهوة وعلم الزوج بذلك وتركها
حتى فعلت ذلك فهو رجعة وان كان ذلك اختلاسا منها لا بتمكينه فقد
ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده انه رجعة عند
ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وذكر شمس الائمة الحلواني عن محمد
روايتين فيه والظاهر عن ابي يوسف انه مع ابي حنيفة ذكره كذلك في
الذخيرة ثم انما تثبت الرجعة بفعلها اذا اقر الزوج انها فعلت ذلك
بشهوة وان انكر فشهدوا بالشهوة عن محمد انها لا تقبل وفي المبسوط
لا تقبل ولم يذكر خلافا وفي الجامع تقبل وفي القدوري ان فعل المراة لا
تثبت به الرجعة عن محمد وفي نوادر ابن سماعة يثبت بفعلها ان صدقها
الزوج في الشهوة او ورثته بعد موته وان قبلته وهو نايم او معتوه
ثم مات وصدقها الورثة في الشهوة ترثه وعن ابي يوسف في الامالي ان
الزوج بلمسها بشهوة فان ابا حنيفة يجعله رجعة ولا احفظ في
النظر قولا عنه وفي القياس مثله قال ولكن هذا فاحش قبيح انتهى كلامه
قلت الظاهر انه اراد به انه قبيح من جهة ان ولاية الرجعة للزوج لا
للمطلقة وفي قاضي خان ونظرها وتقبيلها كنظره وعلى قول ابي يوسف
الا اذا مكنها الزوج من ذلك فان فعلته اختلاسا او كان نايما او مكرها لا
لهما اعتبارا بحرمة المصاهرة ولهذا لو ادخلت فرجه في فرجها وهو نايم
كان رجعة والامة لو فعلت بالبايع في الخيار كان فسخا وفرق ان الفسخ قد
يحصل بفعلها كما لو جنت او قتلت نفسها وعن ابي يوسف انه سوى بين
الخيار والرجعة وعن ابي يوسف في الجارية روايتان في رواية تكون
اجازة ولا تكون رجعة وفي رواية لا تكون رجعة ولا اجازة للبيع وان تزوجها
في العدة لا تكون رجعة عند ابي حنيفة وعند محمد هو رجعة وعن ابي يوسف
روايتان وروى اسمعيل عن ابيه حماد ابن ابي حنيفة عن ابي حنيفة انه لا
تكون رجعة ذكره الحاوي وعن محمد بجول قال ابو جعفر وبه ناخذ وفي
الينابيع وعليه الفتوى وفي قنية المنية والفتوى على انه رجعة لابي

حنيفة

حنيفة ان انشاء النكاح في المنكوحة باطل لغو فلا تثبت ما في ضمن اللغو وان
تزوجها ووطيها لا يصير مراجعا لان الوطء بناء عليه كوطء الاجنبية وفي
الجواهر تحصل الرجعة بالوطء والاستمتاع وشبهه بالنية وان عري
عن النية لا تحصل وقيل تحصل وفي المقدمات تحصل الرجعة بالوطء
والقبلة والمباشرة للذة قاله ابن المواز وهو بيان لما في المدونة واما
الدخول عليها والاكل معها فان نوى بذلك الرجعة صحت على رواية
المنع ولا تصح على رواية الاباحة والصحيح صحة الرجعة بمجرد النية
ولو انفرد اللفظ بلا نية لا تصح الرجعة فيما بينه وبين الله وعن محمد
لو قال ان جامعتك فانت طالق فجامعها قال محمد تكون رجعة وبه قال
زفر وقال ابو يوسف ان اخرجه ثم ادخله يصير مراجعا وفي المحيط الا
ان تنحى عنها ثم يعود وذكر في اخر باب الايمان في الطلاق الخلاف بين ابي
يوسف ومحمد على عكس ما ذكرنا هنا **قوله** ويستحب ان يشهد على
الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وبه قال مالك وقال القاضي
ابن بكير بن العلا يجب وفي المقدمات والصحيح انه مندوب اليه وليس
بواجب وليس شرطا عند من اوجبه في صحة الرجعة ولو وجب لما صحت
الرجعة دونه بل اراد انه يأثم تاركه وفي الجديد للشافعي ان الاشهاد
مستحب فيها كقولنا ذكره في البسيط وفي الروضة ليس بشرط على الاظهر
قال في المبسوط وهو قول ابن مسعود وعمار رضي الله عنهما وفي المحيط الاشهاد
لازم عند الشافعي ولا يصح الا بمهر عنده وفي المبسوط في احد قولي الشافعي
الشاهدان فيها واجب وعن ابن حنبل روايتان في الاشهاد ذكرهما في
المغني ولا يفتقر الى ولي ولا مهر ولا رضاها وهو اجماع وفي الاشراف لم
تختلف اهل العلم ان الاشهاد فيها سنة وان الرجعة الى الرجل ما دامت
في عدتها وان كرهت وذلك بغير مهر ولا عوض وفي الحلي الاشهاد عند
الرجعة شرط واذا راجعها ولم يشهد او اشهد ولم يعلمها حتى انقضت
عدتها بانت منه وهو زوجها عندنا وفي الحلي المطلقة الرجعية زوجة
الذي طلقها يحل له وطيها ومسها والنظر اليها كما كان قبل الطلاق
اذ لم يات بتحريم ذلك كتاب ولا اجماع وقال القاضي من الحنابلة ظاهر المذهب
انها مباحة قال احمد في رواية ابي طالب لا تحتجب عنه وفي رواية ابي
الحرث تتشوف له ما كانت في العدة وله ان يخلو بها ويطاها الا انه في حكم

الزوجات ولا يلزمه مهر لانه وطئ زوجته وفي الروضة لو وطئها فلا حد عليه
وان كان عالما بالتحريم وفيه وجه ضعيف ولا يجب فيه التعزير ان كان جاهلا
او يعتقد اباحته والا فيجب ولو وطئها ولم يراجعها لزمه مهر المثل وان
راجعها فالنص وجوب المهر وقال امام الحرمين هل هي زوجة ام خارجة
عن ربقة الملك فصل غامض والاحكام في الظاهر كالمتناقض فانه اوجب
المهر بالوطي وحرمه وبالوطي تستانف العدة ويدخل فيها بقيتها
وابو حنيفة منع من المسافرة بها والخلوة بها ثم قال اثبات الرجعة
خارج عن قياس التصرفات لا سبيل الى انكارها على المذاهب كلها والذي
ذكرناه غاية الامكان وفي الروضة للنووي قال الشافعي هي زوجة في
خمسة مواضع من كتاب الله تعالى في اية الميراث والايلا والظهار
واللعان والطلاق وعدة الوفاة وكذا في عدم اشتراط الولي في الرجعة
وعدم اشتراط لفظة النكاح والتزويج والرضى منها عند الكل
ومنها عند ابي حنيفة ومحمد كما تقدم ولا يمنع الاحرام وفي البسيط في
الظاهر ولا يتوقف على اذن السيد قال في البسيط في الصحيح ويدل على
انه زوجة قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وايضا البعل الزوج
وايضا قوله احق وقوله بردهن لان الرد اعادتها الى الحالة التي كانت
قبل الطلاق وسمي رد الوجوب سبب زوال ملكه فانه يزول بذلك
بعد العدة وفي قوله تعالى فامساك بمعروف وهو الابقاء والتسريح
والمفارقة تركها حتى تنقضي عدتها وبراجع الامة على الحرة
وفيها خلاف عند الشافعية وفي قنية المنية راجع المجنون بالقول
او بالفعل لا يصح وقيل يصح بهما وقيل يصح بالفعل دون القول لو
بالفعل وفي المرغيناني ان راجعها بالقول لا يصح وبالفعل يصح وفي
الينابيع الرجعة سنية وبدعية فالسنية ان يراجعها بالقول
وفي المبسوط هذا احسن ويشهد على رجعتها ويعلمها بالرجعة وان
لم يشهد او اشهد ولم يعلمها فهي بدعية وبالفعل مكروه ويستحب
ان يشهد على رجعتها بعد ذلك وفي المجرد عن ابي حنيفة خروج المطلقة
الرجعية مع زوجها الى السفر فقد اباح لها الخروج وعنه في الاملاء
ليس له السفر بها ولا وحدها قال وليس ذلك من قبل انه ليس بزوج بل
هو كالمحرم لها وقد قال الله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الاية

والزام

والزام امام الحرمين باطل لم يعرف ماخذه والسفر ومادونه سوا وانما كرهوا
الخلوة بها اذا لم يكن من قصده رجعتها لانها تكون متجردة في بيتها
والزوج يساكنها فربما وقع نظره على موضع يصير به مراجعا وليس من
قصده رجعتها فيطلقها فتطول عليها العدة وليس المعنى فيها
راجعا الى حرمة الوطي ولا الى انه ليست بزوجة له وانما يقع التناقض
في قول امامه كما ذكره في الذخيرة الاحسن ان راجعها بالقول كما ذكر في
المبسوط لانها متفق عليها وبالفعل مختلف فيها وما ذكر فيها الابدال
على انها بدعية كما ذكر ان الطلاق حسن واحسن فالحسن طلاق السنة
واستدلت الظاهرية ومن قال بقولهم بظاهر قوله تعالى فيها واشهدوا
ذوي عدل منكم والامر للوجوب ولعقبها الامصار ان النصوص فيه
عرية عن الاشهاد لقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان
وقوله عليه الصلاة والسلام لعمر مر ابنك فليراجعها ولان الرجعة
استدامة النكاح والشهادة ليست شرطا في النكاح في حالة البقا كالفي
في الايلا الا ان الاشهاد يستحب لزيادة الاحتياط وكيلا يقع التناكر فيها
والامر امر استحباب لذلك الا ترى انه تعالى قرنها بالمفارقة والاشهاد
غير واجب عند الطلاق فصار كقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم وكقوله
تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وكقوله تعالى فاذا دفعتم اليهم
اموالهم فاشهدوا عليهم والظاهرية قد اوجبوه في الطلاق ايضا
وكذا في البيع ودفع المال واثبتوا العصيان عند ترك العصيان بالاشهاد
الا انه ينافي قولهم في ذلك وابطلوا الرجعة بترك الاشهاد وبترك
اعلامها بالرجعة من غير دليل وصححوا بقية التصرفات المذكورة وانما
حكموا بالعصيان تاركه هكذا في المحلى في شرح المحلى وقوله ويستحب ان يعلمها
كيلا يقع في المعصية بان تتزوج بغيره انقضاء عدتها وهي زوجة الغير
قلت لا تتحقق المعصية بغير علمها بذلك الا ان يقال ينبغي ان يقال
ان لا تتزوج بغيره حتى تسال عن ارتجاعها لانفراده به فاذا تزوجت
بغير سوال وقعت في المعصية وفي قاضيخان المسافرة والخلوة لا تكون
رجعة وعند زفر المسافرة بها رجعة وتعليق الرجعة بالشرط باطل
عندنا وبه قال الشافعي وابن حنبل ذكره في المغني كتعليق التمليك مثل
ان يقول اذا جاء غد فقد راجعتك او اضافها مثل ان يقول راجعتك غدا

كما لو قال تزوجتك غدا وفي البدايع لا يجوز شرط الخيار في الرجعة كالنكاح
وفي قنية المنية لو اختلفا في الدخول لم يراجعها فالقول قولها قبل
الخلوة وقوله بعدها وفي المحيط الخلوة ليست برجعة بخلاف تأكد المهر
لان الرجعة حقه وهو قادر عليها والتأكد حقها وهي في وسع مثلها
والمسلمة والكتابية والحرة والمملوكة في الرجعة سوا وفي الجواهر قال
اشهب عن مالك قال اذا كان الغد فقد راجعتك لم تكن رجعة قيل
مراده لم يكن رجعة الان ويكون رجعة في الغد وعند مالك يحرم وطيها
على المشهور ولا يجب به شي وقد ذكرنا خلاف الشافعي فيه ولو قال
زوجاته طوالق دخلت المطلقة الرجعية فيهن بالاجماع بخلاف البائن
فدل على انها زوجة من كل وجه لانه لا يحنث الا بوجود الشرط بصورته
وبمعناه ولهذا لو قال عبيده احرار لا يعتق مكاتبه لقصور الملك
فيه الا بالنية ووقوع الطلاق الرجعي عليها لا يوجب تحريم وطيها
كما لو راجعها فان الطلاق واقع لا يرتفع بالرجعة ويحل وطيها التزم
به في المبسوط وقياسه على المكاتبة لا يصح لوجهين احدهما ان
المكاتبة احق بنفسها بخلاف المطلقة الرجعية والوجه الثاني
ان المولى حجر على نفسه بالتزام العوض بخلاف المطلقة وقيل زواله
موقوف فان لم يراجعها حتى انقضت عدتها تبينا زوال الملك
بالطلاق وان راجعها تبينا انه لم يزل ورجح الغزالي زواله وامام
الحرمين رجح كونه غير قاطع للنكاح ولا مزيل للملك **قوله**
وان انقضت عدتها فقال قد كنت راجعتك في عدتك فصدقته
فالقول قوله وان كذبته فالقول قولها ولا يمين عليها عند ابي حنيفة
وهي مسألة الاستحلاف في الاشيا الستة على ما ياتي في الدعوى ان شا الله تعالى
قال ابو بكر ابن المنذر القول قولها بعد انقضا عدتها وهذا اجماع وانما
الخلاف في يمينها لان من لا يملك الانشا لا يملك الاقرار كالوصي والمولى
والوكيل بالبيع ومن له الخيار وفي الجواهر لو قال راجعتك الان فقالت
انقضت عدتي امس فانكر وقالت انقضت عدتي فقال راجعتك امس
فانكرت فالقول قولها لانه لا يملك الانشا فلا يملك الاسناد والاخبار
وان قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح
الرجعة عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي ذكره في الروضة ومثله عن

ابن

ابن حنبل ذكره في الخرقي وقال ابو يوسف ومحمد تصح الرجعة ويلغو بالمجيبة
ولا خلاف انها لو قالت انقضت عدتي فقال الزوج مجيبا لها راجعتك
كان القول قولها لان قولها صادف العدة اذ هي باقية ظاهرا
الا ان يخبر وقد سبقته لان قولها اخبار فيستدعي سبق المخبر به
فاقل احواله ان يكون مقارنا للرجعة فلا تصح الرجعة ومسألة الطلاق
على الخلاف وهو القياس ولو سلمت فالطلاق يقع باقراره بعد انقضا
العدة لانه عليه والمراجعة له فلا تثبت به وفي الروضة قولها
اخبار وقوله انشا والاخبار سابق على الانشا وهذا خلاف الوكيل
اذا قال له الموكل عزلتك فقال مجيبا له قد بعت السلعة فان القول
للموكل لان البيع لا يجوز ان يوجد مع العزل وانقطاع الدم يجوز ان
يوجد مع قوله قد راجعتك فافترقا ويستحلف في هذه المسألة عند
ابي حنيفة ايضا لانها تكون باذلة للامتناع من الزوج وكونها
في منزل الزوج وذلك مما يصح بذله ولا يقال اذا نكلت صحت الرجعة
وهي لا يصح بذلها لانا نقول انما يثبت بنكولها العدة والزوج
يملك الرجعة من طريق الحكم لبقا العدة لا بقولها فصار كالنسب
الذي يثبت بالفراش عند شهادة القابلة بالولادة وان لم يثبت
النسب بشهادتها ولو قال راجعتك فقالت بعد سكتة انقضت
عدتي صحت رجعته وفي المبسوط لو اقام البينة انه قال في عدتها
قد راجعتها او جامعها كان ذلك له لان الثابت بالبينة كالثابت
معاينة قال وهذا من عجيب المسايل فانه يثبت اقرار نفسه بالبينة
بما لو اقر به للحال لم يكن مقبولا منه وفي الروضة لو اتفقا على انقضا
العدة واختلفا في الرجعة فالصحيح ان القول قولها وعليه الجمهور
ولو اتفقا على الرجعة يوم الجمعة فقالت انقضت عدتي يوم الخميس وقال
الزوج يوم السبت فهل يصدق بيمينه ام هي ام السابق بالدعوى
فيه ثلاثة اوجه الصحيح الاول وان كانت العدة باقية فالقول قوله في
الصحيح لانه يملك الانشا فلا تهمة في الاخبار وقيل القول قولها واذا
قال زوج الامة بعد انقضا عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى
وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة وزفر وفي الاشراف القول
قول الامة دون المولى عند ابي حنيفة والشافعي وابي ثور قال ابن المنذر

وبه اقول وفي المغني وهو قول مالك واحمد وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المولى والزوج لهما ان بضعها ملك المولى فينفذ اقراره فيه كالاقرار بنكاحها وللجماعة ان الرجعة تنبني على قيام العدة والقول فيها قولها فكذا فيما ينبني عليها وانما قبل قول المولى في النكاح لانه يملك انشاؤه فملك الاقرار به بخلاف الرجعة ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال فظهر ملك المولى في بضعها فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها وملكه لا يظهر مع العدة لانها زوجة فصار كالو تزوجت ثم اقرت ان مطلقها قد كان راجعها ولا يلزم من قبول انكارها قبول تصديقها وفي الينابيع هو على الخلاف ايضا وقال بعض اصحابنا لا يقضى بشيء حتى يتفق المولى والامة وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يتكلم في الصحيح وان قالت قد انقضت عدتي ثم قالت لم تنقض بعد فله رجعتها لانها اقرت بكذبها فيما يثبت به الحق عليها ولو راجعها ولم يعلم بها حتى انقضت عدتها وتزوجت بغيره فهي امراته دخل بها الثاني او لم يدخل ويفرق بينها وبين الثاني لانه تزوج بها وهي امراة الغير وفي المغني عند اهل الصحيح وهو مذهب اكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وابو عبيد وروي ذلك عن علي وهو احدى الروايتين عن ابن حنبل وعنه ان دخل بها الثاني فهي امراته وبطل نكاح الاول روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال مالك وروي عن سعيد ابن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع وهو قول الظاهرية بناء على ان الرجعة لا تصح عندهم الا باعلامها بالرجعة **قوله** وان انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة وفي الينابيع او يمضي عليها وقت اقرب الصلاة عليها مع القدرة على الاغتسال وهذا لان الحيض لا مزيد له على العشرة عندنا على ما تقدم في كتاب الحيض فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة اذ من شرطها قيام العدة قلت اذا تمت عشرة ايام لا يحتاج فيه الى انقطاع الدم في انقضاء العدة وانقطاع الرجعة لان ما زاد على العشرة دم استحاضة الا انها اذا كان لها عادة في الحيض دون العشرة الى ايام عادتها يجوز ان يكون قد انقضت عدتها

قبل

قبل العشرة اما اذا لم ينقطع على العشرة وان انقطع فيما دون العشرة فالانقطاع ضعيف يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بالاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات وهو وجوب الصلاة في ذمتها بمضي وقت الصلاة مع القدرة على الاغتسال كما ذكر في الينابيع وفيه خلاف زفر خلاف ما لو كانت كتابية حيث يكتفى في حقها بنفس الانقطاع اذ لم يعاود ها الدم لا تكلف بالاغتسال ولا تجب الصلاة عليها ولو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق انقطعت الرجعة لكنها لا تصلي به حتى تغتسل بماء اخر وتتيمم لاحتمال نجاسة ذلك الماء احتياطا كما ذكر في المبسوط قلت او لاحتمال عدم طهوريته وتنقطع ان تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف وهذا استحسان وفي المبسوط صلت مكتوبة او تطوعا والتيمم لا يقطع الرجعة عندهما وقال محمد وزفر والشافعي اذا تيممت انقطع الرجعة وهو القياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته وقد اتفقوا على انقطاعها بنفس الاغتسال بسؤر الحمار مع انه لا يصلي به والتيمم يصلي به فكان اولى ولهما انه ملوث مغير غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف عليه الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلاة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية لا عمومية وقوله ملوث يعني في الغالب فان الغبار فيه لا يشترط عند ابي حنيفة بالحجر المغسول وبالرمل بالاتفاق ولا غبار ثم ولا تلويث وقوله غير مطهر المذهب انه مطهر الى حين القدرة على استعمال الماء قال الله تعالى ولكن يريد ليطهركم به وقال عليه الصلاة والسلام جعلت لي الارض مسجدا وطهورا وقوله وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات فيه فانه اذا اخر الواجبات من النوافل ما شاء بتيمم واحد يريده ويثبت به صلاة دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القران للضرورة لو تيممت وقراءة القران لو مست المصحف او دخلت المسجد قال الكرخي تنقطع به الرجعة لان صحة القراءة وجواز مس المصحف حكم من احكام الطاهرات كجواز الصلاة يريد به ان تيممها كان لتلك الاشياء وقال ابو بكر الرازي لا تنقطع الرجعة لانها طهارة ضرورية ولهذا لا تصلي به وكان ينبغي ان يكون الخلاف بينهما وبين محمد بالعكس بيانه انهما جعلا التراب كالماء

حتى جوّز اقتداء المتوضئ بالمتيمم ومحمد جعله طهارة ضرورية كطهارة
المستحاضة ومن به سلس البول حتى لم يجوّز الاقتداء بالمتيمم إلا للمتيمم قلت
الفرق لمحمد أن التراب في ذاته ملوث كما قلنا وليس في معنى الماء من كل وجه
فلا يجوز بناء القوي على الضعيف احتياطًا وكذا انقطع الرجعة بنفس التيمم
احتياطًا أيضًا في حق الأبضاع وأن لا يكون راجعًا بالشك ووجه الفرق
لهما أن التراب جعل طهورًا في حال إرادة الصلاة مطلقًا قال عليه
الصلاة والسلام التيمم طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء
فكان حكمه حكم المتوضئ بالماء عند الشروع في الصلاة وإنما جعل كالماء
في حال إرادة عبادة لا صحة لها إلا بالطهارة فكان بالنسبة إلى انقطاع
الرجعة كالعدم فإذا اتصل به أداء الصلاة ظهر حكم الطهارة
حينئذ ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع عندهما وقيل
بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة وفي المبسوط لم يذكر لو شرعت
بالتيمم في الصلاة والصحيح عن أبي حنيفة وأبي يوسف لا تنقطع إلا
بالفراغ فإن اغتسلت وبقيت شيئًا من بدنها لم يصبه الماء فإن كان
عضوًا تامًا فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو انقطعت
قال صاحب الكتاب وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا
تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر قلت إقامة الأكثر مقام الكل ليس
بقياس قال والقياس فيما دون العضو أن تبقى الرجعة لأن حكم الحيض
والجنابة لا يتجزأ ولهذا يمنع من قراءة القرآن ودخول المسجد وفي المبسوط
قال العضو فما دونه سواء غير أني استحسن ولم يذكر موضع القياس
والاستحسان وقيل عند أبي يوسف القياس والاستحسان في العضو الكامل
وعند محمد هما فيما دون العضو ووجه الاستحسان وهو الفرق بين العضو
وما دونه أن ما دون العضو من اللمعة يتسارع إليه الجفاف لقلته
فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا بأن الرجعة تنقطع ولا تحل لها
التزوج بغيره ولا الصلاة ولا وطئها حتى تغسل اللمعة أو تتيمم لها
عند عدم الماء أخذًا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل كاليد
والرجل والفخذ ونحوها فإنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه
عادة وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه
وهو قول محمد بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيتهما اختلافًا بخلاف غيرهما

من

من الأعضاء وفي المبسوط لم يذكر عن أبي يوسف الرواية الموافقة لمحمد وفي المحيط
لو تيقنت أن الماء لم يصب اللمعة لم تنقطع الرجعة ولو تركت المضمضة والاستنشاق
قال محمد تبين منه ولا تحل للأزواج فجعل ذلك فرضًا في حق الصلاة وحل التزوج بغيره
ولم يجعل فرضًا في حق الرجعة احتياطًا وعن أبي يوسف روايتان كما ذكرنا عن صاحب
الكتاب وفي المنافع العضو كاليد والرجل ودون العضو كالإصبع قلت وكذا إن
بعض الساعد دون العضو **فرع** اختلف الفقهاء من الصحابة والتا
بعين ومن بعدهم في المدة التي تصدق المرأة في انقضاء عدتها فذهب أبو حنيفة
رضي الله عنه إلى أن ما تصدق شهران ثلث حيض بشهر وطهران بشهر أو ثلاثة
أطهار بخمسة وأربعين يومًا وثلث حيض بخمسة عشر يومًا كل حيضة خمسة
أيام والمذهب الثاني وهو مذهب أبي يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يومًا طهران
بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبارًا لأقل الحيض والمذهب الثالث أنها
إذا ادعت انقضاءها من ثلاث حيض في شهر أو في خمسة وثلاثين يومًا وجاءت
ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدالته أنها
رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد
انقضت عدتها وإلا فهي كاذبة هذا مذهب شريح وقال له علي رضي الله
عنه قالون معناه بالرومية أحسنت والمذهب الرابع أنها تصدق في
أكثر من اثنين وثلاثين يومًا وهو مذهب الشافعي أو قول له ذكره عنه
ابن المنذر والمذهب الخامس أنها لا تصدق في أقل من سبعة وأربعين يومًا
قاله أبو ثور بناء على أن أقل الحيض يوم وأقل الطهر خمسة عشر يومًا
والمذهب السادس أربعين يومًا وهو مذهب مالك في الجواهر والمذهب السابع
إن كان لها أقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها فإنها تصدق على ما
يشهد به وإن لم يكن لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر قاله إسحاق بن راهويه
وأبو عبيد والمذهب الثامن أقله تسعة وعشرون يومًا ولحظة طهران بستة
وعشرين يومًا وثلاث حيض ثلاثة أيام ولحظة من الطهر ليخرج من الحيض
قالته الحنابلة وقالوا هذا إن قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر يومًا وإن قلنا
خمسة عشر يومًا زاد أربعة أيام فيكون ثلاثة وثلاثين يومًا ولحظة قالوا
وإن قلنا القرء الطهر وأقل الطهر ثلاثة عشر يومًا تنقضي عدتها
بثمانية وعشرين يومًا ولحظتين لحظة من الطهر ولحظة للطعن في الحيضة
الثالثة وإن قلنا أقل الطهر خمسة عشر زاد على ذلك أربعة فيصير اثنين

وثلاثين يوما ولحظتين كما ذكرنا فصار المذاهب فيه احد عشر مذهبا ذكر هذه
المذاهب بعضها في الاشراف لابن المنذر واقوال الحنابلة ذكرها في المغني
لابن قدامة والزوج احق برجعتها حتى تغتسل من الحيضة الثالثة قال ابن
المنذر وبه قال ابو بكر الصديق وعمر ابن الخطاب وعمر بن عبد العزيز وعثمن
ابن عفان وعلي ابن ابي طالب وابن مسعود وابو موسى الاشعري واسمه عبد الله
ابن قيس وعبادة وابو الدردا وهو مذهب سعيد ابن المسيب والثوري
واسحق وابو عبيد وفيه قول ثان وهو احق بها ما دامت في الدم وهذا قول
طاوس وسعيد ابن جبير والاوزاعي وفيه قول ثالث ان له رجعتها حتى
يمضي عليها وقت الصلاة التي طهرت في وقتها قاله الثوري وفيه
قول رابع انها اذا حاضت الثالثة فقد برئت منه يروى عن ابن عباس
وفيه قول خامس ان له الرجعة ان فرطت في الغسل عشرين سنة ما لم
تغتسل يحكي ذلك عن شريك ابن عبد الله القاضي وهذا بعيد جدا فان عدتها
حينئذ لا تنقضي بعد مائة قرء ونص القران شرط بثلاثة قروء قال ابن
المنذر وهذه الاقوال كلها على مذهب من يقول ان القرء الحيض وفيه قول
سادس هو قول من يقول ان الاقراء الاطهار ان له الرجعة حتى ترى الحيضة
الثالثة اذا كان طلقها وهي طاهر عدة هذا قول مالك والشافعي وابو عبيد
وممن هذا مذهبه من الاوايل زيد ابن ثابت وابن عمر وعايشة وقاسم وسالم
وابان ابن عثمن قال ابن حنبل كنت اقول بقول زيد ثم اخذت الان بقول
علي وعبد الله وفي المبسوط كل سقط لم يستبن خلقه لا تنقضي به العدة
لانه في حكم الدم المتجمد وان كان قد استبان خلقه او بعض خلقه تنقضي
به العدة وفي الينابيع في التمام ان خرج نصف البدن غير الراس تنقضي
به العدة والخرج من الرجلين نصف البدن غير الرجلين وكذلك
قال ونصف البدن من اليه الى منكبيه ولا يعتد بالراس والرجلين وفي
الكافي وفي لو خرج اكثر البدن لا تصح الرجعة وتتزوج بغيره وقال
الشافعي يحتجز بالكل الحاز فان تحلل فهو دم والاثر لم يذكر في المبسوط
وفي الروضة ان ادعت وضع سقط لا تصدق في اقل من ثمانين يوما ولحظتين
في ظاهر قول الشافعي ولا تنقضي العدة قبل المضغة وفي البسيط ان ادعت
سقوطا لم يظهر فيه التخليط ففي انقضا العدة به قولان ويشترط
ان يكون اكثر من ثمانين يوما وفي المغني لا يقبل قولها في وضع السقط في اقل

من ثمانين يوما وفي الجواهر ويستوي في انقضا العدة العلقة والمضغة المخلقة
وغير المخلقة وكل ما تعرف النسا انه حمل وفي الروضة تنقضي عدتها بوضع
ما ظهر فيه صورة ادمي وان لم يظهر فقولان وان وضع سقطا او مضغة اذا
اكتفينا بها صدقت بيمينها وقيل لا تصدق مطلقا والتام ستة اشهر
ولحظتان وان ادعت فيه ظهور الصورة فاقل مدته اربعة اشهر ولحظتان
وفي البسيط يشترط اكثر من مائة وعشرين يوما وان طلقت في حيض او نفاس
لا يقبل في اقل من سبعة واربعين يوما وساعتين وعند ابي حنيفة لا يقبل
في النفاس قولها في اقل من مائة يوم لان الحيض لا يكون في مدة النفاس واذا
عاودها الدم في الاربعين كان نفاسا وعنه خمسة وثمانون يوما ان زاد خمسة
وعشرون والاول رواية الحسن وقيل مائة وخمسة عشر يوما ويزاد
خمسة بطهر عشر يوما وقال ابو يوسف خمسة وستون احد عشر نفاس
وقال محمد اربعة وخمسون وساعة وهي النفاس **قوله** ومن طلق امراته
وهي حامل منه او ولدت منه قبل الطلاق وقال لم اجامعها فله الرجعة
لان الحكم بثبوت النسب منه حكم بالوطي فكان مكذبا بالشرع فلا يعتبر
لزعمه الا ترى انه يثبت به الاحصان فالرجعة اولى ووجه الاولوية انه لا
يلزمه من ثبوت الرجعة ثبوت الاحصان كالامة والنصرانية ويرد على
عدم اعتبار التكذيب الشرعي مسايل منها الواقر بعيت في يد غير لانسان
ثم اشتراها ثم استحقت من يده ورجعت اليه بشرا او هبة او ارث يومر بتسليمها
الى المقر وان صار مكذبا شرعا حيث حكم له بالشرا والهبة والارث ومنها
ان اقر ان عبد انسان اعتقه سيده او انه حر الاصل وكذبه مولاه ثم اشتراه
حكم بصحة شرايه وصار مكذبا في زعمه بالشرع ولم يلتفت الى ذلك التكذيب
حتى حكم عليه بحرية العبد ومنها ان امراة ولدت من غايب ثم بعد مدة طلبت
من القاضي ان يفرض لها ولولدها النفقة في ماله واقامت بينة ثم حضر
الزوج ونفاه قطع نسبه وان حكم بكونه منه حيث فرض له بالنفقة ولم
يثبت بذلك تكذيبه شرعا في نفي ولده وقطع نسبه منه ومنها اذا جات
المطلقة الرجعية بولد لاكثر من سنتين جعل مراجعا اجمعا للعلوق بعد
الطلاق والقضا بالنسب قضا بالعلوق منه شرعا مع انه نسبه منه باللعان
ولم يجعل مكذبا في نفيه بالقضا وبالشرع ومنها لو طلقها بعد الخلوة وقال
لم اجامعها لم يملك الرجعة عليها وان كان الشرع قد كذبه في ذلك حيث

اوجب فيه العدة وكمال المهر وتعرف هذه المسايل من الجامع وجواب الخلوة يأتي عن
قرب ان شا الله تعالى فان خلى بها واغلق بابا وارخى سترا ثم قال لم اجامعها ثم
طلقها لم يملك عليها الرجعة وقال ابن حنبل للخلوة كالاصابة في ثبوت الرجعة
وهو قول الشافعي في القديم وفي الجديد لا رجعة الا بالاصابة وهو قول ابي بكر
من الحنابلة وفي البسيط ان راينا الخلوة موجبة للعدة مقررة للمهر ففي
الرجعة وقال ابو حنيفة الخلوة توجب العدة وكمال المهر دون الرجعة
وذكر ابو علي وجها مثله وزعم ان الرجعة تستدعي علقة موكدة وهي الوطي
وهذا ضعيف لان العدة تستدعي سببا في الشغل ثم وجبت بالخلوة فالرجعة
اولى وقد ثبت بها كمال المهر وتقرر مهر المثل ولنا ان الرجعة انما تكون
في الملك المتاكد وذلك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة
حقه وتكمل المهر ينبني على التسليم بالتخلية اذ هي وسع مثلها لا على
حقيقة التسلم كما في تسليم المبيع وفي الرجعة حقه وهو قادر على التسلم بالوطي
فلا يتم ويرد لنا في ان تسليم الخلوة مقامه فافترقا وقد تقدم في المسئلة قبل هذا
وذكرنا الفرق وكذا حكم العدة يرجع اليها وقول امام الحرمين ان العدة
تستدعي سببا في الشغل باطل بالآيسة والصغيرة ولا سبب شغل فيها وليس
ذلك بلازم في العدة لان فيها معنى العبادة ثم انهم قالوا لو وطيها في دبرها
اوجبوا عليها العدة في قول او وجه وذكر ابو علي منهم انه لا يرتجعها فعند
اوجبوا العدة مع عدم سبب الشغل ومنعوا ارتجاعها ومن العلماء من منع
وجوب العدة بالخلوة ولكن الاصح وجوبها ديانة وقضا ولهذا احتاط في اثبات
ولاية الرجعة بل الاحتياط المنع من ذلك ولهذا لم يثبت حلها بالخلوة للزوج
الاول فان راجعها بعد ما خلا بها وقد طلقها وقال لم اجامعها لم تثبت
الرجعة فلو جات بولد لاقل من سنتين بيوم او اقل صحت تلك الرجعة لان نسبه
يثبت منه اذا لم يقر بانقضا عدتها والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل
واطيا قبل الطلاق دون ما بعده وان كان الاصل في الحوادث انضيافها الى
اقرب الاوقات لانه حينيذ يزول ملكه بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله في
والظاهر من حال المسلم انه لا يفعل الحرام ولان النسب يحتاط في اثباته فكان
وطيه قبل الطلاق وان قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد
اخر من بطن اخر فهو رجعة وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين
اذا لم تقر بانقضا عدتها وقد وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة

فكان الولد الثاني من علوق حادث فيصير به مراجعا وفي قاضيخان ذكر في الدعوى
ان المطلقة طلاقا رجعيا اذا جات بولد لاكثر من سنتين يكون رجعة وان جات
به لاقل من سنتين لم يكن مراجعا لانها اذا جات به لاقل من سنتين احتمل ان يكون
من علوق قبل الطلاق فلا يكون رجعة بالشك واما اذا جات به لاكثر من سنتين
تيقنا بعلوق له بعد الطلاق فيصير مراجعا وفي مسئلتنا حصل الولد الثاني من
علوق بعد الولادة الاولى لانه لو حصل قبلها مع الولد الاول لكانا في بطن واحد
وفي ثبوت اتحاد البطن شك ومن كان بين ولادة الولدين ستة اشهر فصاعدا
لم يثبت الاتحاد وان كان بينهما اقل من ستة اشهر ثبت الاتحاد فاذا اختلف البطن
كان رجعة وكذا يظهر في حكم القياس حتى ان المراة لو ولدت ولدا ثم بعد شهر
ولدت اخر لا نفاس للولد الثاني قال صاحب الحواشي بل يكون ما تراه من الدم
حيضا على قول من جعل النفاس من الولد الاول اذ لا يكون في البطن الواحد نفاسان
اجماعا قلت ولا يكون حيضا ايضا لان الحامل لا تحيض وان كان بينهما ستة اشهر
فصاعدا يكون ذلك بطنين مختلفين حتى وجب لكل ولد نفاس على حدة ولا يصار
الى اتحاد البطن والانغلاق الا عند عدم تصور الاختلاف وجوز ان يكون من ماء
واحد وبينهما ستة اشهر واكثر ولا استحالة في ذلك **قوله** وان قال كلما
ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة
لانه بولادة الاول وقعت طلقة وقد صار مراجعا بعلوق الولد الثاني لاختلاف
البطن وبولادة الولد الثالث تقع طلقة ثالثة لانه بعلوقه كان قد صار مراجعا
وبوضعه تقع الثالثة وتعتد بالاقراء لانها حايل من ذوات الحيض فان قيل العلوق
بالرجعة فيه حمل فعلها على الحرام اذ الوطي يكون في النفاس وقد قلتم المسلم لا
يفعل الحرام قلنا رعاية ثبوت النسب واجبة والنفاس قد يوجد وقد لا يوجد
وقد يقل والعاقل وطيه وقع بعد انقطاعه فلم يتحقق بارتكاب الحرام ولو كانوا
في بطن واحد وقعت طلقة بالاول وطلقة بالثاني وتنقضي العدة بالثالث ولا تقع
به شي لانها بولادة الولد الثالث تنقضي عدتها بوضعه لانها كانت مطلقة
ثنتين بالولدين الاولين وهي حامل بالثالث فانقضت عدتها بوضعه ولا يقع
الطلاق المعلق بولادته لان الطلاق لا يقع مقارنا لانقضا العدة ولا بعده
والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال له والرجعة مستحبة والتشوف
والتزين حاملان عليها قال الجوهري التشوف التزين ويقال النسا تتشوفن من
السطوح اي ينظرن ويتطاولن وتشوف الشي جلوته ودينار مشوف اي مجلو ويستحب

لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها اى يُعلمها او يسمعها خفق نعليه اذا لم يكن من
قصده رجعتها وقد قدمنا ذلك قال الجوهرى خفق الارض بنعله اى ضربها به
وخفقه بالسيف اذا ضربه به ضربة خفيفة والمخفقة الدرة والمخفق السيف
العريض واخفق الطاير اذا ضرب بجناحيه وخفق اذا طار وخفقت الراية تخفق
خفقا وخفقانا وكذا القلب وخفقت الريح خفقانا وهو حفيفها اى دوى
جريها وفى المنافع خفق النعل صوتها والتزين عام والتشوف خاص فى الوجه
وليس له ان يسافر بها وقد ذكرناه وخلاف زفر فلا نعيده فان قيل اخراجها
من بيتها من غير رجعة منهى عنه بقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الاية
والرجعة تثبت بالدلالة فوجب ان يكون ذلك رجعة دلالة اجاب عنه صاحب
الحواشى بان المسافر لا يكون اعلى من السكنى معها فى منزل واحد وذلك لا يكون
دليل الرجعة قلت فى جوابه نظر فان الخروج بها منهى عنه والسكنى معها
غير منهى عنه ثم قال على ان الكلام فيمن تنادى باعلى صوته انه لا يراجعها ولا
عبرة للدلالة مع التصريح بخلاف ما يشكل عليه الوطى والتقبيل بالشهوة
فان ذلك رجعة دلالة وان صرح بعدم الرجعة باعلى صوته وقوله ولانه تراخى
عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت عدتها ظهر انه
لا حاجة له فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده فيمنع لذلك قلت يرد
هذا التعليل جواز خلوته بها فى العدة ودخوله عليها فلو كان المبطل عمل
عمله من ذلك الوقت بالتبين لم يجز شى من ذلك ولا خلاف فى ان البينونة تثبت
فيه عند انقضا العدة فتصاعليه وقوله والطلاق الرجعى لا يحرم الوطى
الى آخره قد ذكرنا ذلك وما فيه من المذاهب مستوفا فلا نعيده **فصل**
فيما تحل به المطلقه واذا كان الطلاق باينا دون الثلاث فى الحرة او واحدا فى
الامة فله ان يتزوجها فى العدة وبعد انقضايها لان منع الغير فى العدة لاشتباه
النسب ولا اشتباه فى اطلاقه هكذا قال فى الكتاب ويرد عليه الصغيرة والايسة
وعدة الوفاة قبل الدخول والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه فى ذلك
وتجب العدة والجواب ان العدة لا تخلوا عن التعبد والحكمة لا تراعى فى الجميع بل تراعى
فى الجنس وان كان الطلاق ثلاثا فى الحرة او ثنتين فى الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا
غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها بعد الدخول بها
والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد
به الطلقة الثالثة والثنتان فى الامة كالثلاث فى الحرة عندنا وقد تقدم

واشتراط صحة النكاح والدخول اجماع وما خالف فى الدخول الا سعيد بن المسيب
والخوارج وداود الظاهرى والشيعة وذلك خلاف لا اختلاف ولم يتابع سعيد احد
من العلما ولا اخذ بقوله احد من الفقها وقالوا العله لم يبلغه الحديث الذى
نذكره بعد هذا ان شا الله تعالى وثبت الدخول بالكتاب وهو ان يحمل النكاح على
الوطى اذ الزوجية والعقد استفيدت من قوله حتى تنكح زوجا غيره وحمل
ابن المسيب النكاح على العقد فاسد لان العقد يقع مع الاجنبى لا الزوج اذ
الزوجيه انما تثبت بعد العقد فالواقع بعده الوطى لا العقد فعلم ان
المراد به الوطى والكلام يحمل على الافادة دون التاكيد والاعادة فان قال
المراة موطوءة لا واطيه فكان فى الوطى مجازا قلنا وكذا النكاح فى العقد
مجاز لان النكاح هو الضم والعقد لا يبقى من ما بين فلا ضم فيه حقيقة ولهذا
لا يسمى العقد نكاحا الا ما كان سببا للوطى ولا يسمى عقد البيع والاجارة
نكاحا لعدم السببية وفى المنافع ذلك بالنكاح الصحيح لانه الكامل والمتبادر
ان الفاسد لا يثبت به حل الوطى ويجب فيه التفريق ولا يجب المهر قبل الدخول
ولا بالخلوة ولا يتحقق به دون العسيلة فلم يكن الزوجية فيه باينه مطلقا
فلا يدخل تحت الاطلاق وفى الحواشى قوله على الافادة دون الاعادة يعنى ان حمل
النكاح على الوطى دون العقد يفيد فايدة جديدة لان العقد استفيد
من قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لان الزوج هو الذى وقع العقد له او بانه
فلو حمل النكاح على العقد كان ذكر النكاح تكرارا لان العقد مستفاد من ذكر
الزوج وقوله او زاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاه
والسلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر وروى روايات عن عايشه رضى
الله عنها ان رفاعة ابن سموال القرظى طلق امراته تميمه بنت وهب فبت
طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير فجات رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقالت انها كانت تحت رفاعه فطلقها اخر ثلث تطليقات فتزوجت
بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ما معه الا مثل هذه الهدبة واخذت
بهدبة من جلبابها قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال
لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعه لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته
متفق عليه وفى المنتقى لابن تيميه رواه الجماعه وعن عايشه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال العسيله هى الجماع رواه النسايى واحمد بن حنبل وعن ابن عمر رضى الله
عنهما قال سيل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق ثلاثا فيتزوجها الرجل

ويغلق الباب ويرخي الستر ثم يطلقها قبل ان يدخل بها قال لا تحل للاول حتى يجامعها
الاخر رواه النسائي واحمد وفي المنافع العسيلة تصغير العسلة وضرب عليه
الصلاة والسلام ذوقها مثلا لاصابة حلاوة الجماع ولذته وذكر الذوق ولم يذكر
الشبع فدل ان الانزال ليس بشرط وشذ الحسن البصري فاشترط الانزال
بظاهر الحديث ولو جامعها نايمة او مغمى عليها لا احلها في احد قولي الشافعي
ذكره النووي في المنهاج لانها لم تذق عسيلته قلنا ذلك كناية عن الجماع وذكر
عبد الحق في الاحكام الوسطى له بلفظ البخاري ذكره في كتاب اللباس عن عكرمة
عن عايشة رضي الله عنها قالت اتت امراة رفاعه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فجاء عبد الرحمن ومعه ابنان له من غيرها قالت والله ما لي ذنب الا ان ما معه
ليس باغنى عني من هذه واخذت هدبة من ثوبها فقال كذبت والله يا رسول
الله اني لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد رفاعه فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم فان كان ذلك لا تحلين له حتى يذوق من عسيلتك قال فابصر
معه ابنين فقال هؤلا بنوك قال نعم قال هذا الذي تزعمين ما تزعمين فوالله
لهم اشبه به من الغراب ذكر النووي في المنهاج انه عبد الرحمن بن الزبير
بفتح الزاي وكسر البا ابن باطيا اليهودي وفي الاستيعاب لابي عمر بن عبد
البر باطيا ملحق وعليه صح ويدل عليه قول البخاري في صحيحه عبد الرحمن
بن الزبير القرظي يعني من بني قريظة وهم يهود وقال ابو نعيم الحافظ
في كتاب معرفة الصحابة هو عبد الرحمن بن الزبير بن زيد بن امية بن زيد بن
مالك بن عوف بن مالك بن الاوس نسبه ابن ابي داود وذكر ابو نعيم انه رواه
هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة ورواه المسور بن رفاعه عن الزبير
ابن عبد الرحمن بن الزبير عن ابيه وسماها تميمة محمد بن اسحق صاحب المغازي
وما ذكره ابو نعيم يخالف ما ذكره البخاري والظاهر ان الصواب ما قاله البخاري
وهدبة الثوب طرفه الذي لم ينسج شبه بهدب العين وهو الشعر النابت
على حرفها وفي المغني عن سعيد بن المسيب اذا تزوجها تزويجا صحيحا لا يريد
به احلالا فلا باس بان يتزوجها الاول قال ابن المنذر ولا نعلم احدا قال من اهل
العلم بقوله الا الخوارج ولا يسوغ لاحد المصير اليه وقال الشيخ ابو بكر
الرازي لا نعلم احدا قال بقوله فاذا وطيها الثاني ارتفع ذلك التحريم وبقي
التحريم من جهة انها تحت زوج وقوله والشرط الايلاج دون الانزال لانه
كمال ونهاية فكان قيدا وقد ذكرنا الخلاف فيه وفي الينابيع يدخل بها دخولا

يوجب

يوجب الغسل انزل او لم ينزل بعد ان التقى الختانان وتوارت الحشفة قلت قد
ذكرت في الغسل انهما متلازمان يلزم من وجود احدهما وجود الاخر والصبي
المراهق في التحليل كالبالغ وبه قال عطا والشافعي وابن حنبل واختاره ابن المنذر
وفي المنافع المراهق الداني من الحلم وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع
وانما شرط ذلك لانه عليه الصلاة والسلام شرط الذوق من الطرفين
وفسر في الجامع الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امراته وجب
عليها الغسل واحلها للزوج الاول وانما وجب عليها الغسل لالتقا
الختانين وهو سبب لنزول مايها ولا غسل على الصبي لعدم الخطاب وانما
يومر به تخلقا ليتعود به ويصير له سجية قبل بلوغه حتى لا يشق عليه
عند وجوبه وعند ابن حنبل المراهق كالبالغ وقال القاضي منهم يشترط ان
يكون ابن اثنتي عشرة سنة وفي الجامع قال محمد او دع صبيا يعقل ابن اثنتي
عشرة سنة وفي الجواهر لا يحل وطي صبي وان كان يقوى على الجماع وهو قول
ابي عبيد ويروى عن الحسن وفي البسيط اجمعوا على انه يحصل بوطي الصبي
ويحصل باستدخال المراة ذكر زوجها وهو نايم ولا يشترط الانتشار
وقيل اذا كان لا يتصور الانتشار لم يتم الاكتفا باستدخاله وبمقدار
الحشفة اذا كانت مقطوعة وقيل لا بد من الايعاب ومن لطايف الحيل
فيه ان يشتري عبدا صغيرا او تزوج منه اذ له اجبار العبد على النكاح
في المذهب الصحيح سيما الصغير وفي المنهاج يشترط الانتشار وكونه
ممن يمكن جماعه لا طفلا على المذهب وفي المبسوط دخول الصبي لا احلها
عند الشافعي ثم انها تستدخل زبيبته مع حايل من ثوب ثم يبيع العبد
منها او يهبه لها حتى ينفسخ النكاح وبعده لا يخفى لمخالفة الحديث
الصحيح الحديث والمعنى لا احلها وطي السيد ولا الوطي بالشبهة والنكاح
الفاسد ولو اشتراها المطلق لا تحل له وطيها بملك اليمين وبه قال ابن
حنبل وفيه خلاف بعض الشافعية ولا اعتبار به وذهب الشافعي في القديم
الى ان الوطي بالنكاح الفاسد يحلها للاول وهو قول الحكم وخرجه ابو الخطاب
الحنبلي وجها ووطي الذمي الذمية يحلها للاول عندنا وبه قال الحسن
والزهري والثوري والشافعي وابو عبيد وابن حنبل وقال ربيعة ومالك
لا يحلها بنا على فساد انكحتهم على المشهور وقيل يحلها بنا على صحة انكحتهم
في الرواية الشاذة وهو الاصوب ذكره في الذخيرة القرافي ولو وطيها

في الحيض او النفاس او الصوم او الاحرام منهما او من احدهما حلت للاول وبه قال
الشافعي وظاهر النص عن ابن حنبل ذكره في المغني واختاره ابن المنذر وقال
مالك لا يحلها وهو رواية لابن حنبل وفي المرغيناني وطي الصبي والمجنون يحلها
ولو جامعها ولف تضييبه خرقة وهي لا تمنع من وصول حرارة فرجها
الى ذكره حلها للاول ذكره في المرغيناني ولو طلقها الثاني ثلاثا قبل الدخول
او بعده وتزوجت باخر ودخل بها حلت للاول وكذا ان تزوجت بمجبوب وحملت
منه ويثبت به الاحصان ولا يثبت واحد منهما عند زفر وهو قول الحسن
وفي المفيد وبه قال محمد لان ذلك ليس بجماع قلت ينبغي ان يكون قد جب ذكره
من اصله ولو بقي بعد الحشفة شي يولج في فرجها حل ولو كانت مفضاة
وحبلت من الثاني حلت للاول لوقوع الوقاع في قبلها وذكر الاسبيجابي
انه لو كان خصيا يجامع مثله حلت وفي المفيد وكذا المشلول وفي المدونة
ان علمت بانه خصي فوطيها حلت للاول وثبت احصانها قال ابن المواز
مذهب ابن القاسم متى صح العقد ثم وطيها في حال جنونه احلها واحصنها
وفي المدونة قال ابن القاسم لا يحل المراة ولا يحصنها وطي المجبوب وان تزوجت
شيخا فلم ينتشر فادخلته في فرجها باصبعها ان انتعش وعمل حلت
والا فلا وفي المبسوط في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يثبت
نسبه لانه اذا جف ماؤه فهو بمنزلة الصبي او دونه وفي الاسبيجابي لو
خلا بها الزوج او مات عنها لا تحل للاول لان الخلوة والموت اقيما مقام
الدخول في حق المهر والعدة لا غير وفي شرح المدونة لابن يونس لو لم
يدخل بها حتى مات عنها فادعت انه طرقها ليلا فجامعها ولم يصدقها
لا تحل وفي المغني لو اولج الحشفة من غير انتشار لا يحلها وان قطع وبقي منه
قدر الحشفة فاولجه احلها وان كان خصيا او مشلولا او موجوا احلت
بوطيه وعنه في الخصي انه لا يحلها ووطي المجنون يحلها وقال ابو عبد الله بن حامد
لا يحلها وان كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لا يحصل الحل بوطيه
ولا بوطي مجنونه في هذه الحالة وفي الجواهر يكفي ايلاج الحشفة او مقدارها
من مقطوعها ولا يكفي وطي من لم تنتشر الته وقيل لا يشترط انتشارها

قوله واذا تزوجها بشرط التحليل للاول فالنكاح مكروه فان
طلقها بعد الدخول حلت للاول وهو قول عطاء والحكم وزفر وقال ابو يوسف
يفسد النكاح قال ابن المنذر روينا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه

قال لا اوتى بمحلل ولا محللة الا رجمتهما وقال ابن عمر لا يزالان زانيين وان مكثا
عشرين سنة وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه قال ذلك السفاح وممن
غلظ في ذلك النخعي والحسن وبكر بن عبد الله المزني وقتادة وممن قال لا
يصح في ذلك الا نكاح رغبة لا دلسة مالك والليث وابن حنبل واسحق وابو
عبيد بمعناه وعن النخعي والشعبي لا باس به اذا لم يامر به الزوج الاول
وفي الجواهر قال مالك لا يكفي نكاح الشبهة ولا نكاح الدلسة وهو
نكاح المحلل ومن نكح امراة ليحلها لزوجها الاول فلا تحل ولا يقر على
ذلك النكاح حتى يستقبل نكاحا جديدا ولا ترجع الى الاول الا بنكاح
رغبة غير دلسة يصيبها فيه ولا ينتفع بلطائف الحيل في تحصيل
الاحلال وفي الذخيرة المالكية بشرط التحليل عند العقد او قبله
وبنيته يفسد عند مالك وابن حنبل وقال محمد يصح النكاح ولا يحلها
للاول لاستعجال ما اخره الشرع فيجازى بنقيض مقصوده ومنعه
كما في قتل الموروث وذكر الزند ويستي في الروضة انه لو قالت انا
ازوجك نفسي لتجامعني ثم تطلقني لاكون حلالا لزوجي الاول قال
ابو حنيفة الشرط جائز والنكاح جائز فان امتنع بعد وطئها من
تطليقها اجبره الحاكم على ذلك وحل للاول ولا يوجد بهذا البيان في
غيره من الكتب وفي المرغيناني بالشرط يكره للاول والثاني مع جوازهما
عند ابي حنيفة وزفر وعند ابي يوسف النكاح باطل ولا تحل للاول
وعند محمد صحيح تحل للثاني ولا تحل للاول وفي المفيد والمزيد قول محمد
النكاح صحيح ولا تحل للاول لا يظهر له وجه ووجه قول من حرم التحليل
المشروط وكرهه ما رواه الترمذي وابن ماجه ان النبي عليه الصلاة
والسلام قال لعن الله المحلل والمحلل له قال صاحب القبس قال الترمذي
حديث علي وجابر معلول وهو من رواية الحرث الاعور وكان كذابا وقد
روى هزيل بن شرحبيل عن ابن مسعود وقال لعن رسول الله صلى الله عليه
وسلم المحلل والمحلل له اخرجه النسائي والترمذي وقال حديث حسن
صحيح قيل انما لعن مع حصول التحليل لان التماس ذلك هتك للمروة واعارة
النفس في الوطي لغرض الغير رذيلة فانه انما يطاها ليعرضها لوطي الغير
وهو قلة حمية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام هو التيس المستعار وانما
يكون مستعارا اذا سبق التماس من المطلق واختلف العلماء في معناه قيل اراد

به طالب الحل من نكاح المتعة والموقت وسمّاه محللاً وان لم يحلل لانه يعتقد
ويطلب الحل منه واما طالب الحل من طريقة لا يستوجب اللعن وقيل هو التزوج
بلفظ الاحلال والتحليل وفي الاسبيجابي لو تزوجها بنية التحليل من غير شرط
حلت للاول ولا يكره والنية ليست بشي وقال بعض مشايخنا لو تزوجها
ليحللها للاول فهو مثاب ماجور في ذلك حكاه المرغيناني وغيره لكن يرد
عليهم ان المعروف كالمشروط ولا خلاف في كراهة المشروط وفي الجواهر
المعتبر نية المحلل دون المراة والزوج الاول فيصير كاشتراطه في العقد
فيفسد بها العقد ولو نكح بشرط الطلاق فسد العقد ولم تحل ويفسد
باشتراط عدم الوطي فان افسد فرق قبل البنا وبعده بطلقة باينة
ولها المسمى في الاظهر وفي البسيط وان شرط فيه طلاق قيل يبطل العقد
كالموقت ومنهم قال يلغو الشرط ولا خلاف في انه لو قال زوجتك بشرط
ان لا تتزوج عليها او لا تتسرى او لا تسافر بها فالنكاح لا يفسد بذلك كله
ولو قال بشرط ان لا يطاها اختلفوا فيه واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين
وانقضت عدتها ثم تزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول عادت بثلاث تطليقات
وهدم الزوج الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلاث وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف وهو قول ابن عباس وابن عمر وبه قال النخعي وعطا وشريح وميمون
بن مهران ذكره ابو عمر بن عبد البر في الاستذكار وقال محمد والائمة الثلاثة
واصحابهم لا يهدم ما دون الثلاث وقد ذكرنا المسئلة قبل هذا **قوله**
واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني
وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب
ظنه انها صادقة لانه امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد الثقة مقبول
في الديانات وان كان ملحقا بالمعاملة فقول الواحد مقبول فيهما من غير شرط
العدالة وفي المفيد والمزيد لو اخبرته بشرط صحة العقد وهي ثقة عنده
ووقع في قلبه صدقها جاز له التزوج بها لان قول الواحد الثقة مقبول
في الديانات دون المعاملات وفي الجامع اذا اتصادقا على اسناد الطلاق لا
تعتد للاستناد وقيل تعتد وانه حسن لاحتمال التواضع على اسقاط
العدة وهي حق الشرع فتجب العدة من وقت الاقرار ولا يقبل قولهما في الاسناد
وفي المرغيناني لو انكرت دخول الثاني بها وهو معترف به لا تحل للاول ولو قالت
للثاني تزوجتني وانا في العدة وذلك بعد طلاقه بشهرين لا يقبل قولها عند

ابي حنيفة وابي يوسف بخلاف ما لو قالت تزوجتني قبل ان اتزوج بغيرك قبل
قولها ولا يكون اقدامها على نكاح الاول اقرارا منها بالتزوج بالثاني
لانه لا ضرورة في ذلك اذ الوقوف على نكاح الثاني ممكن بخلاف ما لو قالت كان
العقد الثاني فاسدا حيث لا تصدق وفي المفيد والمزيد لو تزوجها
ولم تخبره بشي ثم قالت لم اتزوج او قالت تزوجت ولم يدخل بي فالقول قولها
وان كذبها الزوج اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها وفيه اشكال وهو ان
اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته وذلك باستجماع شرايط الصحة
فكانت مناقضة فلا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية
او مرتدة او معتدة او منكوحة او محرما او كان العقد بغير شهود ذكرها
في الجامع وغيره ولو كان الزوج هو الذي قال ذلك وانكرت فالقول قولها
اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها كما مر ولكن يفسد النكاح بزعمه ولها نصف
المهر قبل الدخول وكماله بعده لان قوله انما يعتبر في حق حكم يخصه وهي
الحرمة ولا يقبل في حق حكم يتعدي اليها وهو عدم وجوب المسمى ان كان
النكاح مختلفا فيه لانه يعني في فساده لا تحل للاول عند القايل بفساده
وسيل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالثلاث وظن انه لم يحنث فافتيت
بوقوع الثلاث وخافت ان اعلمته بذلك ان ينكر هل لها ان تتحلل بعدما
يغار شها بسفر وتامره اذا حضر بتجديد العقد لشي دخل في قلبها من
الشبهة قال نعم فيما بينها وبين الله وسيل ابو القاسم الصفار ونجم الدين
عن امراة سمعت طلاقها الثلاث ولا يمتنع عنها هل يسعها قتله قال لا لها
ذلك في الوقت الذي يريد قربانها وهكذا كان فتوى السيد الامام ابي
شجاع وقال قاضي اسبيجاب ليس لها ذلك واستدل بان المراة اذا اكرهت
على الزنا فمكنت من نفسها لم تاثم فلم تكن مضطرة بخلاف الرجل حيث ياثم بذلك
وقال النسفي السيد ابو شجاع رجل كبير وله مشايخ كبار فلا نقول الا نعم صحة
فالاعتماد على قوله ولو زوجت نفسها من غير كفو حلت للاول عند ابي
حنيفة وزفر وفي المبسوط نصرانية اسلمت فدخل بها زوجها النصراني
حلت للاول وتحل بوطي العبد والمدبر والمكاتب اذا كان النكاح باذن السيد
واختلفوا في المدة التي تصدق في دعوي انقضا العدة قال وسنبينها
في باب العدة ونحن قدمناه في باب الرجعة على ما تقدم والله اعلم

باب الايلا

الإيلاء الألية اليمين والألية فعلية مضموم الفاء في الثلاثي وجمعها أليات
والأيا والآي مثل ركبة وركبات وركايا وعشية وعشايا وضحية وضحايا
وصحيفة وصحائف وفي المحيط والبدايع والمنافع انشد وا
تحليل الايلا ما حافظ ليمينه فان بدرت منه الالية برت
والايلا مصدر الرباعي بزيادة الهمزة كالايما خففت الثانية بتقليبها يا
وفي المدغينا في قيل الالية الحلف على الامتناع والحلف اليمين على الفعل
والقسم واليمين فيهما **قوله** اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك
او قال والله لا اقربك ابدا او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مولي لقوله
تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر وفي البدايع الصريح
الجامعة والنيك واما القربان والوطي والمباضعة والاغتسال
منها والافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح فكان ذكر الجماع اولانه صريح
والاتيان والاصابة والغشيان والمضاجعة والدنو والمسركنايات
وفي الغشيان مولي في انتضاه اوانه وكذا لا يجمع راسي وراسك وسادة ولا يجمع
راسي وراسك ولا ابيت معك في فراش ولا اسوؤنك ولا اغيظك الا بالنية وفي
المحيط الصريح والله لا اقربك ولا اجامعك او لا اطاك او لا اباضعك او لا
اغتسل منك من جنابة وفي المنتقى لا انام معك ايلا من غير نية وكذا والله لا
يمس فرجي فرجك ايلا ذكر في الذخيرة وفي جوامع الفقه قال لا يمس جلدي
جلدك لا يصير موليا لانه يمكنه ان يلف ذكره بشيء وفي البدايع تحرير
في المدغينا ن لانه حنث بمس الفرج بدون الجماع فلم يكن موليا قلت فيه بعد
والكناية لا امسها لا اتيها لا ادخل بها لا اغشاها لا اجمع راسي وراسها
وسادة لا ابيت معها في فراش لا اضاجعها لا اقرب فراشها لا اغيظنها
فلا يكون فيها موليا الا بالنية اعلم ان فقها الامصار واهل الحديث اختلفوا
في الايلا في مواضع منها هل المولي من حلف بيمين او يثبت حكم الايلا من غير
يمين ومن شرط فيه اليمين يكون الايلا بكل يمين او لا يكون الايلا الا بالايمان
المشروعة كاليمين بالله وبصفاته فقط ومنها لو وطيها في مدة الايلا
هل يلزمه كفارة الحنث ام لا ومنها هل الايلا بمن قيد يمينه بمدة او لمن لم
يقيدها اصلا ومن شرط له مدة او اطلق هل يشترط عنده ذكرا من مدة ام ان
كانت في يوم او شهر ويكون له الاجل او لا بد من اربعة اشهر فما عدا او لا بد
ان يكون مدة الايلا اكثر من اربعة اشهر ولو الى اربعة اشهر او يوم فمن او كانت

يمينه

يمينه على اكثر من اربعة اشهر اما ان يفي اليها او يطلقها وان ابى طلق عليه
الحاكم او لا يجوز للحاكم ان يطلقها اصلا بل يضرب بالسياط حتى يفي او يطلق
او يحبس حتى يطلقها باختياره ومنها هل يشترط طلبها بذلك او لا يشترط
وهل يقع بمضي المدة الطلاق باينا او رجعيا على قول ومنها اذا طلقها
بعد انقضا العدة هل يلزمها عدة ام لا قال بوقوعه بمضي اربعة اشهر
وعلى قول من قال لا يقع بمضي المدة حتى يطلقها او الحاكم هل يطلقها باينا
او رجعيا وهل للحاكم ان يطلقها ثلاثا او لا يطلقها الا طلقة رجعية
لا غير او يفسخ نكاحه اذا ابى ومنها هل يتكرر الايلا اذا طلق ثم راجع من
غير ايلا حادث ولم يطاها في العدة ولا بعد الرجعة ام لا وهل من شرط
رجعة المولي ان يطاها في العدة ام لا ومنها انها اذا ارضعت بترك حقها
بعد مضي مدة الايلا هل يجبر على الفي او الطلاق ام لا ومنها هل لا يكون
الايلا الا في الغضب او يكون في جميع الاحوال ومنها هل ايلا الحر
والعبد من الحرة والامة سوا وهو اربعة اشهر ام لا ومن قال بالثاني
اختلفوا في ذلك فقيل من الامة شهران حرا كان زوجها او عبدا
ومنهم من عكس فجعل من العبد شهرين حرة كانت او امة ومن الحر اربعة
حرة كانت او امة ومنها اذا قال والله لا اقربك سنة الا مرة او قال الا
يوما هل يصير موليا في الحال او لا ومنها اذا قال والله لا اقربك حتى
اشتريك هل يصير موليا ام لا وسنذكر بعد حتى عدة مسايل تختلف
فيها ان شا الله تعالى ومنها هل يكون الفي باللسان عند العجز عن الجماع
ام لا ومنها كيفية الفي باللسان ومنها يصح ايلا المجبوب والخصي
ام لا ومنها هل الرتق والقرن والصغر يمنع من الايلا ام لا اما الاول
فقد ذهب الجمهور مع الايمة الاربعة واصحابهم الى ان الايلا لا يكون بغير
يمين ولا تعليق وذكر الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القران ان من
ترك جماع زوجته من غير يمين يصير موليا عند سعيد ابن المسيب
وعن يزيد ابن الاصم قال تزوجت امراة فلقيت ابن عباس فقال بلغني ان في
خلقها شيا قلت بالله خرجت ولم اكلمها قال عليك بها قبل ان تمضي اربعة
اشهر وهو موافق لقول سعيد وعن ابن عمر الهجران من غير يمين ايلا
وذكر ابن رشد عن ملك وذكر ابن رشد في القواعد عن بعض العلما انه لو حلف
لا يكلمها كان موليا وهذا كله شذ ويرده نص القران وهو قوله تعالى

للذين يولون من نسائهم الآية اي يحلفون على ترك جماع نسائهم واما الخلاف
الثاني فانه يثبت حكم الايلا بكل يمين عند اهل العلم وقالت الظاهرية
لا يكون الا بالله تعالى او بصفة من صفاته وفي المحلى لو حلف بطلاق او عتاق
او صدقة او مشي لا يكون موليا ويؤدب واما الخلاف الثالث فلو انه
لو وطيها في مدة الايلا يحنث في يمينه ويلزمه الكفارة عند الجمهور كالائمة
الاربعة وغيرهم وقال الحسن لا كفارة عليه في ذلك قال ابراهيم النخعي كانوا يقولون
ذلك وقال قتادة خالف الناس الحسن في ذلك وتعلق الحسن بقوله تعالى فان
فاوا فان الله غفور رحيم وهو عند الجمهور محمول على اسقاط عقوبة الآخرة
وقد شرع الله سبحانه الكفارة في اليمين المنعقدة فلا يعارضه ما ذكره
واما الخلاف الرابع فالايلا لمن قيد يمينه بمدة ولمن لم يقيدها عليه اهل
العلم قاطبة وذكر ابن رشد في القواعد عن ابن عباس ان المولي من حلف على
التابيد ولم يقيد يمينه بمدة وهكذا ذكره ابن المنذر عنه في الاشراف
في رواية والصحيح عن ابن عباس ان المولي من حلف على اربعة اشهر ذكره عنه
ابن المنذر في الاشراف واما الخلاف الخامس فيه لو حلف على اقل من اربعة اشهر
كالشهر او اليوم او الساعة لا يكون عند الائمة الاربعة واصحابهم موليا وقال
النخعي وقتادة وحماد وابن ابي ليلى واسحق من حلف على قليل المدة او كثيرها فتركها
اربعة اشهر فهو مول ويضرب تلك المدة لايلايه وبه قالت الظاهرية وفي
المحرر وكان ابو حنيفة يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس لما صح عنده قال ابو
بكر ابن المنذر انكر هذا القول كثير من اهل العلم وقالوا لا يكون الايلا اقل من
اربعة اشهر في لفظ الحالف ولا ينعقد ايلا به ونعما وهو قول ابن عباس وبه قال
سعيد بن جبير وطاوس والاوزاعي ومالك والشافعي وابو ثور وابن حنبل وابو عبيد
واختاره ابن المنذر وهو نص القرآن والخلاف السادس فيمن حلف على اربعة اشهر
ولم يزد عليها يكون موليا عندنا وفي المحلى وهو قول طاوس وسعيد ابن جبير وعطا
والثوري والكوفيين وهكذا في الاشراف وهو رواية القاضي ابي الحسين عن ابن حنبل
وهو قول ابن عباس كما تقدم وعند الائمة الثلاثة لا يكون موليا حتى يزيد يوما
عند مالك ولحظة عند الشافعي قال الشيخ ابو بكر الرازي يدفع قول من شرط للايلا
زيادة على اربعة ظاهر القرآن اذ لم يجعل مدة التربص اكثر من اربعة اشهر وقد
قال الله تعالى في عدة الوفاة يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وقال تعالى
والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يجوز الزيادة في هذين التربصين

علي

على المدة فكذا في الايلا ولم يكن بعد هذا الاجل تربص فيجب بعد هذه المدة سقوط
الايلا ولا معنى لاشتراط مدة اخرى بعد سقوطه ولان اشتراط يوم او ساعة
بعد الاجل المضروب في القرآن بغير كتاب ولا سنة ولا قول صاحب مردود
والخلاف السابع هل يقع الطلاق بمضي اربعة اشهر او يوقف اذا كانت يمينه
على اكثر من اربعة اشهر اما ان يفي اليها او يطلقها ومن قال بالاول اختلف الواقع
عندهم يكون باينا او رجعيا ومن قال بالثاني هل يكلف ان يطلقها رجعيا او باينا
اذا لم يفي اليها اما الاول فانه يقع عندنا بمضي اربعة اشهر من غير انقطاع
بعد المدة وهو قول ابن مسعود وابن عباس وزيد ابن ثابت وروي ذلك عن عثمان
ابن عفان وعلي ابن ابي طالب وابن عمر ذكر ذلك عنهم ابن المنذر في الاشراف وابن حزم
في المحلى وشمس الائمة السرخسي في المبسوط وزاد عايشة ومذهبهما خلافه
وبه قال جابر ابن زيد ومسروق وشريح وعطا والبصري والنخعي والشعبي
والاوزاعي والثوري وقبيصة بن ذويب وعكرمة وعلقمة وابن جريج وابن ابي
ليلى هكذا في الاشراف والمحلى وقالوا يقع به طلقة باينة كقولنا ومنهم من
قال يقع به طلقة رجعية وهو قول سعيد ابن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن
بن الحرث بن هشام ومكحول والزهري هكذا في الاشراف وفي المحلى هذا عن ثلاثة
لا غيرهم الزهري ومكحول وابو بكر المذكور وعند الائمة الثلاثة يوقف
حتى يفي اليها او يطلقها وهو قول ابي الدردا وعايشة ويروى عن علي وابن
عمر وهو قول مجاهد وطاوس وابن المسيب وفي البخاري قال لي اسمعيل حدثني
مالك عن نافع عن ابن عمر اذا مضت على المولي اربعة اشهر يوقف حتى يطلق ولا
يقع عليه الطلاق حتى يطلق قال البخاري ويذكر عن عثمان وعلي وابي الدردا
وعايشة واثني عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت الذي
يجوز الاحتجاج به من قول البخاري قول ابن عمر لانه اسنده مع ان ابن المنذر وابن
حزم رويا عنه خلاف ذلك كما ذكرنا فلا يبقى حجة على احد الفريقين لاضطراب
قوله وما عداه تعليق بغير اسناد بصيغة التمريض فلم يكن حجة وقد ذكرنا
ان ابن المنذر وابن حزم ذكرا قول عثمان وعلي خلاف ما ذكره البخاري بالتعليق
الذي هو ليس بحجة واسنده الدارقطني فقال حدثنا ابو بكر النيسابوري
قال حدثنا احمد بن منصور حدثنا ابن ابي مريم حدثنا يحيى ابن ايوب عن عبيد الله
بن عمر عن سهيل ابن ابي صالح عن ابيه عن اثني عشر من اصحاب النبي عليه السلام

كما تقدم قلت فيه سهيل بن أبي صالح ذكوان السمان أبو يزيد الغطفاني الكوفي
قال يحيى بن معين سهيل والعلاء حديثهما قريب من السواء وليس حديثهما بحجة
وقال أيضاً لم يزل أصحاب الحديث يتقون حديثه وقال مرة أخرى هو ضعيف
والجرح مقدم فكفينا مؤنته وقبله يحيى بن أيوب الغافقي قال ابن حنبل هو
سيء الحفظ وهو دون حيوة وسعيد بن أبي أيوب في الحديث وقال النسائي ليس
بذاك القوي وقال أبو حاتم الرازي لا يحتج به وفي المغني قال سهيل بن أبي صالح
سألت اثني عشر رجلاً وهذه النسخة عليها خط المصنف الموفق ابن قدامة
وهو غلط والسائل أبوه لا سهيل وابن أبي مريم هو سعيد بن الحكم بن محمد بن أبي مريم
الجمحي المصري ذكر عنه في الكمال أنه سأله رجل أن يحدثه فامتنع ثم سأله آخر فأجاب
فقال الأول ما هذا أحق العلم ونحوه فقال إن كنت تعرف الشيباني من السيباني
وأبا جمرة من أبي حمزة وكلاهما عن ابن عباس حدثتك كما حدثته وحكى الأستاذ أبو
إسحق الثعلبي عن يونس الصواف قال أتيت ابن المسيب فقال من أين قلت من الكوفة
قال أنتم تقولون إذا مضى أربعة أشهر في الإيلاء بانت منه لا ولا أربع سنين حتى
يوقف إما أن يفيء أو يطلق قلت كان ينبغي للصواف أن يقول قاله من هو أجل قدراً
منك وأكثر علماً وهو ابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس وآخرون ولو لم تختلف
عنهم في ذلك فإنكارك علينا إنكار عليهم وروى الثعلبي عن ابن عباس أن عزم
الطلاق انقضاء أربعة أشهر من غير فيء وقد خالف الناس بقوله لو حلف لا يكلمها
فهو مول ومخالف لظاهر القرآن أيضاً وفي الكشاف قرأ ابن مسعود آلوا من نسائهم
وقرأ ابن مسعود يقسمون من نسائهم وهو معكوس لتعديه بعلى أي يحلفون على نسائهم
وضمن فيه معنى البعد كأنه قال يبعدون من نسائهم مولين مقسمين وقيل
يحلفون على ترك الجماع من نسائهم ويجوز أن يراد لهم من نسائهم تربص أربعة
أشهر ومعنى فإن فاؤوا أي رجعوا في الأشهر الأربعة بدليل قراءة عبد الله وأبي
فإن فاؤوا فيهن وقد سمعاها من رسول الله صلى الله عليه وسلم قرآناً وأثبتاها
في مصحفيهما ونقلت إلينا برواية رواتها الثقات إما أن تكون قرآناً غير منقطع فلا
تنزل عن روايتهما حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرفوعاً ولم يرفع
أحد الفيئة بعد المدة إلى النبي عليه الصلاة والسلام أصلاً والشافعي وملك
جعلا قراءة ابن مسعود وأبي وابن عباس وغيرهم تفسيراً منهم وهذا لا وجه له
لوجوه الأول أن هذه القراءات التي لم تثبت بالتواتر يتلوها في مصحف ابن مسعود

وأبي وابن عباس وغيرهم ولا يتلوها في تفسيره ولا في تفسير ابن عباس فلم يكن تفسيراً
والثالث أن عثمان طلب مصحف ابن مسعود وغيره وقصد إعدام ذلك وتبقية
مصحف المجمع عليه فامتنعوا ولم يطلب تفسير ابن عباس الموجود بين الناس ولا
تفسير غيره فثبت أن قراءاتهم لم تكن تفسيراً ألبتة والرابع لو كان ذلك
تفسيراً لكان تفسيراً من رسول الله صلى الله عليه وسلم برواية هؤلاء العدول
فلا يجوز لأحد مخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم والخامس لو قيل لابن مسعود
هذا الذي كتبته في مصحفك قرآن أو تفسير له لقال هو قرآن وليس بتفسير فكان
في تسميته تفسيراً تكذيب له والعجب من ابن حنبل أنه قيد صوم كفارة اليمين
بالتتابع بقراءة ابن مسعود فجعلها حجة فيه ولم يجعلها حجة هنا وهو تحكم وفيه
فإن الله غفور رحيم يغفر للمؤمنين ما عسى أن يقدموا عليه من طلب ضرر النساء
بالإيلاء وهو الغالب وإن عزموا الطلاق فتربصوا إلى مضي المدة وترك الفيء فيها
فإن الله سميع عليم وعيد على إصرارهم وتركهم الفيئة وقوله فإن فاؤوا وإن عزموا
تفصيل لقوله للذين يؤلون من نسائهم والتفصيل يعقب المفصل كما تقول
أنا نزيلكم هذا الشهر فإن أحمدتكم أقمت عندكم إلى آخره وإلا لم أقم إلا ريثما أتحول أي
ريثما أتحول وعزمهم الطلاق بترك الفيء في المدة مما يعلم ولا يسمع لكن الغالب
من حال العازم للطلاق وترك الفيء وقصد الضرار أن لا يخلو من مقاولة
ودمدمة وأن يحدث نفسه ويناجيها في ذلك وهذا لا يسمعه إلا الله
سبحانه كما يسمع وسوسة الشيطان وإيقاع الطلاق من الزوج أو الحاكم
يسمعه كل أحد ولأن الله تعالى ذكر عن المؤلين سببين أحدهما الإيلاء وهو مما
يسمع والآخر عزم الطلاق وهو مما لا يسمع فانصرف قوله سميع إلى ما يسمع وهو الإيلاء
وعليم إلى ما لا يسمع وهو عزم الطلاق فرد كل لفظ إلى ما يليق به ليفيد فائدته
كقوله تعالى لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله فالليل ظرف للسكون فيه والنهار
لابتغاء الفضل وهو من اللف والنشر في علم البيان وهذا لأن المسموع متعلوم
قطعاً فلو كان أن الطلاق عقيبها إلى الإيقاع والتطليق به لكان مسموعاً معلوماً
فيلغو ذكر عليم وعلى ما قلنا يفيد كل واحد منهما فائدة مستقلة فكان أولى
وفي المحرر تعلق الشافعي بالفاء أيضاً لأنها للتعقيب فكان الفيء الواجب عليه
بعد المدة وقال فإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم وذلك إما بإيقاع الزوج
أو القاضي ليكون مسموعاً والوقوع بعد مضي المدة غير مسموع وصار كفرقة
العنين وقد ذكرنا الجواب عن ذلك وقال صاحب المحرر قراءة ابن مسعود لا تنزل

عن سماعه من النبي عليه الصلاة والسلام قلت قراته لا تكون الا بسماعه منه عليه
ومراسيل الصحابة في الحديث عمل على السماع فكيف اثبات القران في مصحفه
الا ان يريد به انها لا تختلف عن سماعه حديثا من رسول الله صلى الله عليه
وسلم والتقسيم في قوله تعالى فان فاءوا وان عزموا الطلاق يدل على الفيء في
المدة وعزم الطلاق انقضاؤها بترك الفيئة فيها كقوله تعالى فامساك
بمعروف او تسريح باحسان وكذا فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف
فالامساك بالمعروف بمراجعتها في مدة العدة والتسريح بالاحسان
تركها حتى تبين بمضي مدة التربص ولان الايلا كان طلاقا معجلا في الجا
هلية فجعله الشرع موجلا الى مضي المدة اذا لم يفئ اليها ولم يرفع الظلم
عنها كالواجلة الزوج وكان في سائر الاجال ان انقضت وقال مالك
والشافعي يطلقها الزوج طلقة رجعية اذا لم يفئ وبه قال ابن حنبل
وقال ابو ثور يطلقها طلقة باينة اذ لا فايدة في الرجعية فانه يراجعها
ويعود الامر فصار كفرقة العنة وقال مالك يطلقها طلقة رجعية
ولا يصح رجعتها حتى يطاها في العدة قال ابو الحسن بن بطال في شرح
البخاري لا اعلم احدا قال غير مالك ويبطل قولهم بجواز الايلاء قبل
الدخول وما ان لم يكن للمولي الا طلقة واحدة وهي اخرة الثلاث فانه لا
يمنع الايلا اينا وذكر ابن يونس في شرح المدونة انه لو حلف على اربعة
اشهر ويوم صار موليا فان امضت اربعة اشهر قبل ان يطاها فان امتنع
طلقت عليه وان التزم وطيها واعتذر في ذلك اليوم حتى مضى اليوم
زال عنه الايلا من غير في ولا طلاق والنص ينفيه وفي البسيط لو وقعت
طلقة رجعية في مدة الايلا انقطعت المدة وعدم عليه مذهبه
ان الفي والطلاق لا يكون الا بعد الموت فان راجعها استانفت المدة
وكذا الردة وان طرا كل واحد من الردة والطلاق الرجعي بعد المدة
انقطعت المطالبة فان رضيت ثم رجعت فلها الطلب ويبطل برضاها
بالعنة وسائر العيوب حيث لا تعود بعد سقوطها وفي الكتاب قال هو
قول العادلة الثلاثة ابن مسعود وابن عمر وابن عباس هذا قول الفقها
وفي عرف المحدثين هم اربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم
يذكر فيهم ابن مسعود لانه من كبار الصحابة فلا يدخل فيهم ذكره في المغرب
والخلاف الثامن هل للحاكم ان يطلق اذا امتنع او يحبسه حتى يفي او يطلق

بنفسه

بنفسه والمختار عند الايمة الثلاثة يطلقها الحاكم اذا اباهما وقالت الظاهرية
تطليق الحاكم باطل لغو ويجبره الحاكم بالسوط على ان يجامعها او يطلقها
الا ان يكون عاجزا عن الجماع فيكلف ان يفي بلسانه ويحسن صحبتها في
والمبيت عندها او يطلقها ولا بد من احدهما ولا يجوز ان يطلق عليه
الحاكم فان فعل لم يلزمه حكم الايلا لكن يجبر على وطيها وفي القديم يحبس
ويعزر حتى يطلق بنفسه قال المزني لم يصر احد من العلما الى هذا لانه
يكون اكراها على الطلاق والظاهرية جاوا بعد المزني قال علي ابو محمد
ابن حزم قال الله تعالى فان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فصح ان طلاق
الحاكم عليه فضول وتعد لحدود الله ومن الباطل ان يطلق عليه زوجته
غيره او يفي اليها عنه غيره وذكر عن الشافعي اذا طلقها الحاكم فله ان يراجعها
في عدتها فان وطيها فقد سقط وان لم يطاها عاد عليه التوقيف اربعة
اشهر فان فا والا يطلق عليه الحاكم ثم له ان يراجعها فان وطيها سقط
الايلا والا عاد عليه التوقيف اربعة اشهر ثم يطلق عليه الحاكم ويحرم
عليه قال علي هذا قول فاسد لانه لا يصير التوقيف في الايلا الذي اوجبه
بلا شك قال وقال مالك في احد قوليه له ان يراجعها فان وطيها سقط الايلا
وان لم يطاها بانت منه عند تمام عدتها من طلاق الحاكم قال علي هذا كلام
لا ندري كيف قاله قايله اذ ليس في الباطل اكثر من اجازة كون امراة في
عصمة زوج صحيح الزوجية وهي في عدة من طلاق غير زوجها وما اعلم
في اي دين الله وجد هذا او اعلموا ان قول مالك هذا لم يقله احد قبله ولا
قاله احد بعده الا من ابتلي بتقليده ثم ان قوله الذي تبعه الشافعي
عليه من ان يطلق عليه غيره لم يحفظ هذا عن احد قبل مالك وهو قول
مخالف للقران والسنن كلها وللقياس والمعقول فان الله تعالى لم يجعل عقدة
الطلاق الا المولي لا الى القاضي ولا الى غيره ومن الباطل ان يطلق احد غير
الزوج لا حاكم ولا غير حاكم قلت مذهبه ان التوكيل بالطلاق وجعل امرها
بيدها او بيد اجنبي لا يجوز ولا يقع الا بلفظ الزوج وهو تحكم وتحجر بلا
دليل ثم قال قد اجازوا ان يطلق الحاكم عن غيره ولم يجيزوا ان يفي عن غيره
ولا فرق فكما لا يجوز للحاكم ان يطا زوجة غيره فكذا لا يجوز له ان يجعل غيره
زانيا بامراة في عصمة غيره قلت هذا عنده والخلاف التاسع هل يجوز ان
يطلقها اثنتين او ثلاثا او يفسخ النكاح بغير طلاق قال مالك والشافعي لا يجوز

وقال ابن حنبل للحاكم ان يطلق واحدة رجعية او باينة او ثنتين او ثلاثا او
يفسخ كل ذلك اليه ذكره في المغني والمختار يطلقها طلقة رجعيه كقول
ملك والشافعي والخلاف العاشر هل يتكرر الايلا اذا طلق ثم راجع
من غير ايلا حادث ولم يطاها في العدة ولا بعد الرجعة ام لا ففي قول
الشافعي لا يعود واختاره المزني من اصحابه والخلاف الحادي عشر
هل من شرط صحة رجعة المولي وطيها في الايلام لا قال ملك فقال لا تصح
رجعته حتى يطاها في العدة قال ابن بطال ولا اعلم احدا قاله غيره
فكون للانسان مطلقة طلاقا رجعيا ولا يصح له ان مراجعتها في عدتها
حتى يطاها وهذا من الغرايب والخلاف الثاني عشر اذا وقع عليها
الطلاق بمضي المدة او بالتطليق وكانت حاضت ثلاث حيض في مدة
الايلا هل يلزمها بعد الطلاق ام لا الجمهور على وجوب العده بعده
وقال جابر ابن زيد لا عدة عليها وقال بقوله طايفه ويروى ذلك
عن ابن عباس ذكره ابن رشد في القواعد والخلاف الثالث عشر اذا
تركت طلب حقها ورضيت به بعد مضي مدة الايلا هل يجبر على الفي
او الطلاق ام لا اتفق الايمة الثلاثه القايلون بالتوقيف انه لا يجبر
على ذلك اذا لم تطلب ولا بد من طلبها وقالت الظاهريه يامر
القاضي بوطيها طلبت المراة ذلك او لم تطلبه رضيت بذلك او
لم ترض ويجبر بالسوط على ان يطاها او يطلقها وليس له اصل
فلا يلتفت الى تعصب ابن حزم والحدافه والخلاف الرابع عشر
هل من شرط صحة الايلا الغضب او يصح في جميع الاحوال والثاني
قول الجمهور وهو قول ابن مسعود ان الايلا في الرضى والغضب وبه
قال الثوري واهل الكوفة واهل العراق والشافعي واصحابهم وابن
حنبل واختاره ابن المنذر وبالاول قال علي فانه روي عنه انه قال
ليس في الاصلاح ايلا وقال ابن عباس انما الايلا في الغضب وهذا
القول مروي عن النخعي والحسن وقتادة وقال ملك من حلف لا يطا
امراته حتى تفطم ولدها لا يكون موليا واختاره فادهم قولين فيها
وبه قال ابن القطان وكذا قال الاوزاعي وابو عبيد اذا اراد اصلاح
ولده وفي الروضة قال والله لا اجامعك حتى تفطم ولدك نقل المزني عن
الشافعي انه يصير موليا وقال في موضع اخر لا يكون موليا واختاره

فادهم

٢٦٥

فادهم قولين فيها وبه قال ابن القطان وقال عامتهم لا خلاف في المسئلة ولكن اراد
وقت الفطام وقد بقيت مدة الايلا الى تمام الحولين كان موليا وان اراد فعل
الفطام فان كان لا يحتمله في مدة الايلا لصغره او ضعف بنيته فهو مولي
والنقصان يحمل لا ان على حالين واطلاق النص يحمل على التغييد وبرده
والخلاف الخامس عشر هل ايلا الحر والعبد من الزوجة الحرة والامة سوا
وهو اربعه اشهر على ما تقدم اولا قال ابو حنيفة واصحابه الايلا
من الحرة اربعة اشهر ومن الامة شهران حرا كان زوجها او عبدا
وهو قول عمر بن الخطاب وبه قال الحسن والشعبي وقتادة والنخعي
والثوري ذكر ذلك في المحلي وهو رواية عن ملك وابن حنبل والمشهور
من مذهب ملك ايلا العبد شهران على الحرة والامة وهو قول عطا والزهري
واسحق ورواية عن ابن حنبل وقال الشافعي وابن حنبل في ظاهر الرواية
وابن المنذر والظاهرية ان الحر والعبد والحرة والامة سوا ومدة
الكل اربعة اشهر قاله في المحلي وهو قول ابي ثور وابي سليمان وتقدمت
الادله في طلاق العبد والامة والخلاف السادس عشر اذا قال والله
لا اقربك سنة الا يوما او الا مرة هل يصير موليا في الحال ام لا اما اذا قال
الا يوما فعند اصحابنا الثلاثه لا يصير موليا في الحال فان بقي بعد
قربانها اربعة اشهر كان موليا وكذا عند الشافعي وابن حنبل اذا بقي
اكثر من اربعة اشهر او بعد المدة يكون موليا وهو قول ابي ثور وقال
زفر في قوله لا اقربك سنة الا يوما يصير موليا في الحال وهو قول ابن
القاسم من المالكيه واحد قولي القديم للشافعي وهو وجه للحنابله وفي
الروضه قال لا اجامعك في هذه السنه الا عشر مرات او اكثر فعلى
الاظهر لا يكون موليا في الحال وانما يكون موليا بعد استيفا العدد
ان بقي من السنة مدة الايلا فرع للشافعية قال والله لا اقربك
سنه الا مرة فمضت ولم يجامعها هل يلزمه كفارة فيه وجهان اصحهما
عدم وجوبها وهو يبطل اصل الشافعية ان الاستثنا من النفي اثبات
فكانه قال والله لا اجامعك مرة في هذه السنة وفي جوامع الفقه قال
والله لا اقربك سنة الا يوما لا يصير موليا الا اذا قال والله لا اقربك في هذا
اليوم ايضا صار موليا ولو قال لا اقربك في سنة لا يتصور وقوع الطلاق
اكثر من مرتين وجه قول زفر ان المستثنى ينصرف الى اخر المدة كما في الاجارة

وكما لو قال الا انقضاء يوم وفي المغني الامر لا يختص ومثله في الخزانه بالاتفاق
وللجمهور انه يمكنه ان يطاها في اي وقت من غير لزوم كفارة ولا غيرها فلم يوجد
حد الايلا وفي الاجارة ضرورة لان استثنا اليوم المنكر يفسدها فانها لا
يمكن ان يكون في اول المدة فلا فساد ولكن يكون الاجارة مضافه ولا لزوم
عند وجود وتخصيها والنقصان اسم لاخر السنة وفي قوله الا يوما لو
قربها لا يصير موليا حتى تغرب الشمس ذكره الاسبيجابي وغيره
والخلاف السابع عشر لو قال والله لا اقربك حتى اشتريك وهي امة لغيره
لا يصير موليا عندنا وقال زفر يصير موليا لان الشرا سبب للملك فما
لا يبقى النكاح بعد الملك فصار كما لو قال ان قربتك فانت طالق ثلاثا
والدليل ان الشرا للملك اليمين بالعتق فانه لو قال ان اشتريتك فانت
حرة فاشتراها تعتق ولنا ان الشرا ليس بسبب للملك لا محاله لانه
لو اشتراها لغيره لا يملكها وكذا لو اشتراها بشرط الخيار للبايع او
لنفسه شرا فاسدا او اشتراها لنفسه بغير شرط فاسد وهذا
خلاف ما لو قال ان اشتريتك فانت حرة حيث تعتق اذا اشتراها لنفسه
شرا صحيحا من غير خيار والفرق من وجهين احدهما ان الشرا في اليمين
مطلق فان وجد الشرا مع الملك عتق وان لم يوجد لم تعتق وهنا انما
يصير موليا اذا تعين ذلك ولم يتقيد باليمين والفرق الثاني ان الايلا
ظلم فلا يجعل ظالما ويحتاط في اثباته بحمل المطلق على التقييد ونحمله
على التقييد والاصالة في اليمين لا ظلم لان الاعتاق مرغوب فيه ولو
قال لا اقربك حتى اشتريك لنفسي عن ابراهيم بن رستم يصير موليا
والصحيح انه لا يصير موليا حتى يقول اشتريك لنفسي واقبضك لان الملك
يثبت بذلك لا محالة وكذا لو قال حتى املك او شقصا منك ولو قال
وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامراته فيها لا يصير موليا لانه يمكنه
قربانها من غير شي يلزمه باخراجها منها والخلاف الثامن عشر لو حلف
بحج او بصوم او بصدقة او بعتق او بطلاق فهو مول عند ابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد وبه قال مالك ذكره في الجواهر والشافعي في الاظهر
ذكره في الروضة وعنه ان الايلا لا يكون الا باليمين بالله تعالى او بصفاته
الذاتية كقول الظاهرية قال ابن عباس كل يمين منعت الجماع فهي ايلا وبه
قال الشعبي والنخعي واهل الحجاز واهل العراق وابو ثور وابو عبيد

واختار

واختار ابن المنذر وقال ابن المنذر الصحيح من قول الشافعي بمصر ان كل يمين منعت
الجماع فهي ايلا وهذا هو الجديد وفي المحيط قال ان قربتك فعلي حجة او عمرة
او هدي او صوم وفي جوامع الفقه او صوم يوم او اطعام مسكين او صدقة
او اعتكاف فانه لا يصح بدون الصوم او يمين او كفارة يمين فهو مول ولو
قال صلاة او صلاة ركعتين او غزو فليس بمول عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر والحسن وقول ابي يوسف الاول هو مول وبه قالت الايمة
الثلاثه ولو قال فعلي اتباع الجنازة او سجدة التلاوة او رباطا او قراءة
القران او صلاة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول اتفاقا ولو قال
فعلي ان اتصدق بهذا على هذا المسكين لم يصح لانه لما عين كان حق العبد
وكذا في مال هبة المساكين لم يصح الا ان ينوي التصدق به وفي الخزانه
عن ابي حنيفة قال ان قربتك فعلي ان اتصدق بهذه الدراهم على
هولا المساكين لم يصر موليا والخلاف التاسع عشر لو قال ان قربتك
فكل مملوك املكه او اشتريه فيما يستقبل فهو حر يصير موليا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ليس بمول وهو رواية عنهما ذكر
ذلك في المحيط وكذا لو قال فكل امراة اتزوجها فهي طالق يصير به
موليا عندهما خلافا لابي يوسف ولو قال فكل امراة اتزوجها من اهل
الاسلام لم يصر موليا لان لزوم اليمين بالطلاق وان كان الطلاق
لا يصح النذر به بخلاف العتق لكنه مما يحلف به وعلى هذا الخلاف
قال والله لا اقربك حتى اعتق عبدي او قال حتى اطلق امراتي فلانه
فهو مول عندهما خلافا لابي يوسف وكذا حتى اطلقك لانه يمكنه
قربانها بغير شي يلزمه بتقديم الغاية ولهما انه لا يمكنه القربان
قبل الغاية ولا رفعها الا بلازم واللزوم لاجل قربانها كاللزوم
به وفي الخزانه لو حلف العبد بعتق او صدقة لم يصر موليا وقال
القاضي ابو الهيثم ان حلف بعتق عبد بغير عينه لا يعبد لنفسه
يصير موليا كما لو نذر به وفي البدايع لو قال العبد فعلي حج او عمرة
او صوم كان موليا وكفارة يمينه بالله بالصوم ولو الى بعتق عبده
ثم باعه سقط فان عاد يعود ايلاوه من وقت عوده فلو كان جامعها
قبل عوده لم يعد ايلاوه ولو مات العبد سقط ايلاوه ولو قال والله لا اقربك
ما دمت امراتي فابانها ثم تزوجها لم يصر موليا ويقربها بلا حنث بخلاف

قوله والله لا اقربك وانت امراتي والخلاف الموفي عشرين قال القدوري
في مختصر الكرخي لو قال والله او بالله او تالله او الرحمن او الرحيم او الكبير
او الجليل او القاهر او القادر او اللطيف او الخبير فهو مول وكذا
بصفة ذاته التي يحلف بها في العرف كعزة الله وعظمته وجلاله
وكبريائه وقدرته وكذا بعلمه في القياس وفي الاستحسان ليس بمول
ولا يكون موليا بالحلف بصفات الفعل كغضب الله وسخطه ورحمته
لانها غير الله وايم الله وايمن الله ولعمر الله يمين وكذا اقسم بالله او
احلف او اشهد يصير موليا بذلك كله عندنا وقال زفر لا يكون
ذلك يمينا بغير ذكر الله ولو قال علي عهد الله او ميثاق الله او ذمة الله
فهو يمين ولو قال هو يهودي او نصراني او مجوسي او كافر او بريء
من الاسلام ان قربها فهو ايلا وفي المفيد والمزيد قال وقال الشافعي
ليس بايلا لان الجزا لا يلزمه عند الشرط قال ولنا انه جعل حرمة
الدين كحرمة هتك اسم الله تعالى ورد عليهما الايلا الذي بالله
تعالى والخلاف الثاني والعشرون لو قال ان قربتك فعلي ان انحر ولدي
صح الايلا عنده ذكره في جوامع الفقه هكذا وفي شرح مختصر الكرخي
قالوا يكون موليا وقال زفر ليس بمول وفي البدايع يصير موليا عند
الثلاثه وعند زفر لا يصير موليا بناء على انه يلزمه بذلك ذبح الشاة
قول ابي حنيفة ومحمد وهو مروي عن ابن عباس وقال مالك ينحر جزورا
وقال بعضهم ينحر مائة من الابل ذهابا الى حديث عبد المطلب وهو دية
النفس وقيل يهدي ديته روي ذلك عن علي وقيل يحج وبه قال
الليث وقال ابو يوسف وزفر والشافعي لا شي عليه لانه نذر بمعصية
والخلاف الثالث والعشرون اذا قال لاجنبية والله لا اقربك ثم
تزوجها لم يصر موليا وهو قول الجمهور واختاره ابن المنذر وقال مالك
يصير اذا تزوجها وبقي اكثر من اربعة اشهر وضعفها في الجواهر
فيما اذا قيد يمينه لسنة وذكر في التتمة ذلك وجها والصحيح الاول
وكذا المظاهر لا يتوقف بخلاف العتق في البيع الموقوف حيث
يتوقف على الاجازة وفيه خلاف محمد وقاسه على الايلا والظهار فان
الانسان لا يتزوج ليولي منها ولا ليظاهر منها ويشتري العبد ليعتقه
لانه قربة مطلوبة وفي البسيط وهو يخدش المعنى المرعي في الايلا وهو

اثبات

اثبات المطالبة دفع للضرر عنها وانما يرجى الاوقات على زوجها وينقطع باليمين
وهذا المعنى يطرد في الكل والخلاف الرابع والعشرون ذهب عامة
اهل العلم الى صحة الايلا قبل الدخول وهو قول الايمة الاربعة واصحابهم
وقال عطا والزهري والثوري لا يصح ويجبر على الفي ثم الطلاق
البائن بعد المدة عند الثلاثه وهو خلاف مذهب ملك والشافعي
في اشتراط الطلقة الرجعية بعد الدخول عندهما وكذا لو كان
الباقي عند الايلا طلقة رجعية وهي اخر الثلاث فانها تكون بائنة
والخلاف الخامس والعشرون لو قال لاجنبية ان تزوجتك فوالله
لا اقربك يصير موليا منها اذا تزوجها عند اصحابنا وبه قال
ملك وقال الشافعي وابن حنبل لا يصير موليا وهو فرع تعليق
الطلاق بالملك وقد تقدمت مذاهب الناس في ذلك وادلتهم
والخلاف السادس والعشرون لو حلف لا يقربها في مكان معين
او زمان معين لا يكون موليا عند الايمة الاربعة واصحابهم وهو
قول الثوري والاوزاعي وقال ابن ابي ليلى واسحق وابن حنبل في قول
هو مول فان تركها اربعة اشهر بانت بالايلا وكذا لو قال والله لا
لا اقربك الا في ارض فلان الا ان يكون بينهما مسيرة اربعة اشهر فانه
يصير موليا ذكره في جوامع الفقه ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل
الكوفة وامراته فيها لم يكن موليا لانه يمكنه اخراجها من الكوفة
وفي جوامع الفقه لو كان في بلد وامراته في بلد اخر فقال والله لا ادخله
وبينهما اقل من ثمانية اشهر لا يصير موليا لجواز انها تخرج فيلتقيان
فيقربها في اقل من اربعة اشهر وفي المرغيناني وقاضي خان لو
كان بينه وبينها مسيرة اربعة اشهر ففيئه باللسان ولم يعتبرا
خروج كل واحد منهما الى صاحبه بل اعتبرا سفره اليها لا غير اذ لو
اعتبر سفر كل واحد الى صاحبه يكون ذلك مسافة شهرين فلا حاجة
الى الفي باللسان والخلاف السابع والعشرون اتفقوا على صحة الايلا
من المطلقة الرجعية الا في رواية عن احمد واختلفوا في اول مدة
الايلا فعندنا اولها من وقت اليمين وبه قال ابن حنبل وعند
الشافعي من وقت رجعتها وفي المنافع يصح الايلا من المطلقة الرجعية
وتنعقد المدة من وقت اليمين وينبغي ان لا يصير موليا الا ان الغالب

انقضا العدة فيها قبل المدة فلا يقع بمضيها طلاق مع ان الايلا ظلم
فلا يصير اليه الا بيقين قالوا في جوابه يحتمل ان يمتد طهرها وهو
بعيد وقول الشافعي ابعد لما ذكرنا ولامرين اخرين احدهما ان وطيها
حرام عنده فلا حق لها في الوطي كما لو قال لاجنبية والله لا اطاك ثم
تزوجها لا يصير موليا من وقت التزوج والامر الثاني ان المطلقة
الرجعية كالمبانة عنده في حرمة الوطي فكما ان المبانة لا يصح الايلا
منها فكذا الرجعية بجامع الحرمة وقياس مذهب الظاهرية
صحة الايلا منها لانها زوجة عندهم والخلاف الثامن والعشرون
ذكر المرغيناني انها لو بانت بمضي اربعة اشهر بالايلا ثم مضت
اربعة اشهر اخرى وهي في العدة وقعت اخرى فان مضت اربعة
اخرى وقعت اخرى ولم يحك خلافا وفي البدايع والتحفة وشرح
الاسبيجابي لا تقع في العدة ما لم يتزوجها وفي المحيط لو مضت
اربعة اشهر من غير قربان بانت منه وسقط الايلا فان مضت
اربعة اشهر وهي في العدة لم تقع اخرى لانها بعد البينونة لم
يبق لها حق قبله فلا ينعقد الايلا وفي الجامع حلف لا يقرب احداهما
ومضت اربعة اشهر بانت احداهما ويخير فان مضت مدة اخرى
قبل البيان بانت الاخرى للتعيين وفيه خلاف ابي يوسف ودلت
على ان الايلا يبطل بالبينونة وانه لا ينعقد على المبانة في العدة
وهو الاصح بخلاف ما قالوا بانها ان مضت مدة الايلا وهي في العدة فانه تقع
اخرى بالايلا وفيه خلاف زفر وفي الذخيرة لا تقع اخرى بحكم الايلا اذا بانت
بمضي المدة وان كانت في العدة عند عامة المشايخ واليه مال الكرخي وقال
بعض مشايخنا تقع اخرى بمضي مدة ثانية وثالثة بمضي ثالثة وهي في العدة
ولو تزوجها عاد الايلا بلا خلاف لكن ان تزوجها في العدة يعتبر ابتدا المدة
من وقت وقوع الطلاق الاول ولو تزوجها بعد انقضا العدة يعتبر ابتدا
المدة الثانية من وقت التزوج وفي الجامع لو تكررت مدة الايلا الواحد
لا يقع الا واحدة بخلاف ما لو قال كلما مضت اربعة اشهر فانت باين ينوي
الطلاق فتطلق ثلاثا في العدة والخلاف التاسع والعشرون لا يهدم
الطلاق الايلا الا ان يكون ثلاثا عندنا وعند زفر ولا الثلاث وكذا الايلا

لا

لا يهدم الطلاق عندنا وروي عن ابن مسعود ان الطلاق يهدم الايلا
وبه قال النخعي والاوزاعي وقتادة وروي عن علي انه قال ان سبق الطلاق
الايلا فهي واحدة وان سبقه الايلا فطلقتان وقال الشعبي والحسن
ايهما سبق لخذ به وان وقعا جميعا اخذ بهما وحكى ابو عبيد هذا
القول عن الثوري وقال الزهري اذا آلى ثم طلق او طلق ثم آلى وقعا
جميعا كقولنا وكان مالك يقول اذا آلى ثم طلق وانقضت الاشهر
قبل انقضا عدة الطلاق فهما تطليقتان كقولنا والخلاف الموفي
ثلاثين قال والله لا اقربك حتى ينزل عيسى ابن مريم او يخرج الدجال
او ياجوج وماجوج او الدابة او تطلع الشمس من مغربها فهو مولي
استحسانا وهو الصحيح من مذهب الشافعي وفي شرح مختصر الجويني
لابن طاهر لا يقطع بكونه موليا في الحال فاذا مضت مدة الايلا ولم يوجد
ذلك ظهر انه كان موليا فلها المطالبة وبالاول قال مالك وابن حنبل
وكذا لو قال والله لا اقربك حتى تصعدي السما او حتى يشيب الغراب
يصير موليا وياجوج وماجوج من بني ادم من حوى وقيل من امراة اخرى
فيكونون اخواننا من الاب ذكره النووي والخلاف الحادي والثلاثون
الايلا عندنا لفظ كناية تنعقد به المدة للبينونة فيوجب طلاقا في البر
عند انقضا المدة ويتعدد بتعدد المدة وكفارة في الحنث ويتعدد بتعدد
اسم الله تعالى وعند زفر يتعدد الطلاق ايضا بتعدد اسم الله تعالى ويتحد
بالاتحاد هكذا في البدايع وعند الايمة الثلاثة لا يقع بالبر شي حتى
يوقعه الزوج او القاضي بعد المدة دليلنا ان الايلا كان في الجاهلية
طلاقا معجلا فجعله الله سبحانه مؤجلا نظرا للزوج ورحمة في حقه ليتلافى
امره في مدة التاجيل بالفي ووجوب الكفارة هكذا ذكر في عامة كتب
الاصحاب وفي الحاوي للماوردي قال الشافعي كانت الفرقة في الجاهلية
بثلاثة اشيا بالطلاق والظهار والايلا فنقل الله الظهار والايلا
عن ايقاع الفرقة الى ما استقر عليه في الشرع وبقي حكم الطلاق على ما
كان عليه فلك الا في الزيادة على الثلاث فانهم كانوا يطلقون الزوجات
عدد النجوم على عادة الجاهلية فسال ابن عباس عن ذلك فقال له يكفيك
من ذلك راس الجوزا وهو ثلاثة انجم اعترض على قولنا الماوردي فقال لو
وقع بالايلا بعد مضي المدة من غير ايقاع مبتدا فلا خلا عن احد امرين اما

ان يكون قوله والله لا اقربك صريحًا في الطلاق او كناية في ذلك لا وجه الى الاول
لان الصريح لا يقع به البائن من غير عوض ولا وجه الى الثاني ايضا لانه لو كان
كناية لوقع في الحال اذا نواه ولم يقل احد به ولان الطلاق من غير تطليق احد
لا يقع فاشبه العنة فان الطلاق لا يقع بمضي اجل العنين والجواب انا قد
بينا ان الايلا ليس صريحًا في الطلاق ولا كناية فيه بل هو ملحق بالكناية
معلق بمضي مدة الايلا عند عدم الفي والنية انما تشترط في الكناية اذا لم
يكن علما للطلاق وليلا وقوله لا يقع من غير ايقاع الزوج باطل باللعان
فان الفرقة تقع بينهما عند فراغ الزوج من اللعان عندهم من غير تفريق
احد ولا فرق بين الطلاق والفسخ ثم انا نقول لا يقع الا من جهة ايقاع
الزوج المعلق والفرق بين الايلا والعنة ان الزوج لم يعلق في العنة
طلاقها بمضي الاجل ولا ذنب له وانما ذلك بآفة سماوية لا من جهته
فيناسب التخفيف في حقه ولهذا كان اجل العنة اكثر من اجل المولى ثم ما
ذكر صاحب البدايع من زفر فيه نظر فانه اذا قال والله لا اقربك ومضت
مدته بانت ثم تزوجها ومضت مدة اخرى بانت فاذا تزوجها ومضت
اخرى للايلا بانت بالثالثة ثم اذا تزوجها بعد زوج اخر ومضت مدة
الايلا تبين لما لا انما انه له عنده فلم يتحد الطلاق بانها داسم الله تعالى
ان لم يذكر اسم الله تعالى الامرة واحدة ولو قال والله لا اقربك شهرين
وشهرين بعد هذين الشهرين يصير موليًا لانه جمع بينهما بحرف الجمع
فصار كجمعه بلفظه ولهذا لو قال والله لا اكلمه يوما ويومين يصير مدة
اليمين ثلاثة ايام وفي قاضيخان لو قال شهرين وشهرين او قال شهرين ثم
بعد هذين الشهرين يصير موليًا لان ذلك اربعة اشهر كما لو قال
بعتك هذا الى شهر وشهر كان الاجل شهرين وفي جوامع الفقه قال
والله لا اقربك شهرين وشهرين او قال وشهرين قبل شهرين او قال وشهرين
بعد شهرين فهو كقوله اربعة اشهر ولو قال والله لا اقربك شهرين فمكث
يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين لم يكن موليًا لان الثاني
ايجاب مبتدا وقد حلف في الاول على شهرين وفي الثانية على اربعة اشهر
الا اليوم الذي مكث فيه قبل الثانية فلم تتكامل مدة الايلا وكانت يمينين
مستقلتين ويلزمه بالوطي كفارتان كما لو قال والله لا اكلمك يوما ولا يومين
تنقضي مدة اليمين بيومين ولو كلمه يلزمه كفارتان هكذا في التحرير

وهو

وهو مشكل وفي جوامع الفقه ولو قال وشهرين بعد سنة او قال لا اقربك شهرين
او اربعة اشهر له او مكث يوما او ساعة ثم قال لا اقربك شهرين او قال
شهرين بعد الشهرين الاولين لم يصر موليًا وتكرير اليمين في مجلس او مجالس
وبينهما اقل من يوم متحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وانما قيد مكثه
بيوم لكون اتفاقية ولو قال والله لا اقربك حتى اطا هذه ثم قال
لاخرى والله لا اقربك حتى اطا تلك لم يصر موليًا لان الحنث بوطيها في
يمين غيرها ولو قال ان قربتك فكل امراة اتزوجها فهي طالق صار موليا
في الحال بخلاف قوله كل امراة اتزوجها فهي طالق ان قربتك فانه لا
يصير موليًا حتى يتزوجها والخلاف الثاني والثلاثون لو قال ان قربتك
فعبدي هذا حر عن ظهاري فهو مول ظاهر ام لا لانه ان لم يظاهر عتق
عبده عند القربان مطلقا وان كان قد ظاهر لا يجب اعتاق عبده هذا
فكان عتقه باليمين ولو قال ان قربتك فلله علي ان اعتق عبدي هذا عن
ظهاري ان لم يكن ظاهر يصير موليا لانه يلزمه اعتاقه عند القربان
وان كان قد ظاهر لا يكون موليا لانه اوجب تعيين ذلك العبد عن ظهاره
ولا يجب بل له ان يعتق عنه غيره فلم يجب باليمين ما لم يكن واجبا قبله الا اذا
كان ذلك ادون العبيد او كان جيدا او وسطا يصير موليا لانه
يلزمه زيادة شي بالقربان وفي الروضة للنووي لو قال ان وطيتك
فعبدي حر عن ظهاري وكان قد ظاهر فهو مول لانه في ذلك من تعيين
عتقه وتعجيله عن الظهار وان لم يكن ظاهر فلا ايلا ولا ظهار فيما
بينه وبين الله والخلاف الثالث والثلاثون اذا قال ان جامعتك
فانت طالق ثلاثا ومضت مدة الايلا وبانت وانقضت عدتها فوطيها
بشبهة او بغيرها ثم تزوجها لا تقع عليه الثلاث واختلفت الشافعية
فيما يطالب به الزوج فيه وجهان احدهما بالطلاق عينا وبه قال
ابن جيران ويمنع من وطيها والثاني هو الصحيح المنصوص انه يطالب
بالوطي او الطلاق ويقال له عليك بالنزع بمجرد تغييب الحشفة
وهو قول ملك وعند ابن حنبل لا يؤمر بالفي ذكره في المغني وامر
بالطلاق وعليه اكثر الرواة عن ملك وقاله ابن القسم واستحسنه
سحنون وعن ابن القاسم ايضا يمكن من الوطي وله ان يتمادى حتى ينزل
وهو قبيح ذكره في الجواهر لان الوطي غير ممكن لوقوع الطلاق الثلاث

بايلاج الحشفة فيصير مستمتعا باجنبية وتحريمه من خمسة اوجه احدها
ان اغز الوطئ يحصل في اجنبية ان الزوج يلتذ به كما يلتذ بالايلاج وهو
حرام فكان في حكم الوطئ الحرام ثانيها ان مسها في هذه الحالة باليد
حرام اذا كان بشهوة فمس الفرج بالذكر المنتشر القائم داخل الفرج
اشد في الحرمة ثالثها ان الطلاق يمتنع عليها بعد الاصابة وهو طلاق
بدعة فلا يؤمر به رابعها ارسال الثلاث عند الوطئ وهو محرم
اجماعا خامسها ان ما بعد الايلاج اذا كان حراما كان الايلاج حراما
لانه يلازم الحرام ولا ينفك عنه كالصائم اذا علم انه لم يبق من الليل
الى طلوع الفجر الا قدر الايلاج دون الاخراج كان الايلاج حراما لما
ذكرنا واحتج الماوردي في الحاوي للشافعي بامور لا طائل لها فقال
لا يحرم عليه الايلاج لانه ان وجد ولا الاخراج لانه ترك الوطئ
وهو غلط فان تارك الفعل ليس بفاعل وهذا فاعل للاخراج
مشتغل بلذته ولهذا يجوز ان يقال هو فاعل فعل الاخراج لذكره
من فرج المراة واستدل ايضا بقول الشافعي لو طلع الفجر على الصائم
وهو مخالط فاخرجه كان على صومه فكان مباحا وليس ذلك نظير ما نحن
فيه لانه معذور في الصوم لعدم علمه بذلك حتى لو اخبره بني انه لم
يبق الى الفجر من الليل الا قدر ايلاج الحشفة يحرم عليه الوطئ وفي
مسئلتنا امر الشافعي بوطئها مع علمه بوقوع الطلاق الثلاث
ومباشرته لاجنبية ولم يكن باول الفعل اثما هناك لعدم العلم
بالخبر فلما كان معذورا فيما ولهذا كان نزع ذكره من فرج الاجنبية
ابعد من الدوام على الزنا واحتجاجه بقول الرجل لغيره ادخل داري
ولا تقم استباح الدخول لوجود الاذن ووجب عليه الخروج للمنع
من المقام ويكون الخروج مباحا وان كان في زمن الحظر لانه ترك انتهى
كلامه وهو خطأ فاحش لوجوه احدها انه نهى عن الاقامة في داره
ولم يتعرض للخروج فلا يحرم والثاني انه امره بالخروج لان النهي عن
الاقامة فيها امر بالخروج والثالث انه لما اذن له في الدخول
ونهاه عن الاقامة فيها كان راضيا بخروجه بخلاف مسئلة الطلاق
والرابع ان حكم الوطئ اشد حتى وجب القتل بالرجم في جنسه بخلاف
الخروج من دار غيره فلا يلزم من اباحة الخروج اباحته والخامس ان

تردد الامر بين الحظر والاباحة يترجح الحظر لما عرف في اصول الفقه
والتراجيح وقوله ووجب عليه الخروج لقوله لا تقم فيكون مباحا متناقض
لان المباح لا يكون واجبا وقد قال وجب عليه الخروج والخلاف الرابع
والثلاثون لو قال لامراته والله لا اقربك ثم قال لاخرى اشركتك
معها لم يصر موليا من الثانية قال محمد في الكيسانيات في الايلاء والظهار كليهما
معها الاشركتك معها اجنبية فلم يحنث بوطئ زوجته وفي المحيط لو
تغير ايلاء الاولى وفي الروضة علل بعدم اليمين في الثانية وهو
قول الشافعي وابن حنبل وقال القاضي منهم يصير موليا منهما
وهو قول مالك اذا نوى وذكر الكرخي انه لو قال لامراته انت علي حرام
ثم قال لاخرى اشركتك معها صار موليا منهما لثبوت الحرمة في كل
واحدة منهما وفي الظهار يصير مظاهرا منهما ايضا وفي الطلاق
يقع على الثانية ايضا حتى لو كان له اربع نسوة فطلق واحدة ثم قال
لاخرى اشركتك معها طلقت واحدة وان قال لثالثة اشركتك
معهما طلقت ثنتين وان قال للرابعة اشركتك معهن طلقت ثلاثا
ذكرها في عدة المفتي ولو قال لامراته انت مثل امراة فلان وكان قد آلى
من امراته ان نوى الايلاء صار موليا والا فلا لان التشبيه يكون بامور
وفي المغني لا يصير موليا وقال ابو حنيفة يصير موليا ونقله غلط
الا ان نوى والظاهر انهم لا يخالفونا عند النية واللفظ يحتمل
وفي البدائع قال لامراته ان قربتك فانت علي مثل امراة فلان وكان فلان
قد آلى من امراته ان نوى الايلاء صار موليا من امراته والخلاف الخامس
والثلاثون لا يحصل الفيء والحنث بالوطئ في الدبر ولا بالجماع فيما دون
الفرج ولا بالمس والقبلة لان حقها في القبل ذكره في البدائع وعليه
الائمة قاطبة وفي الجواهر قال في كتاب الرجم اذا جامعها في الدبر حنث
وزال عنه الايلاء الا ان ينوي القبل فلا كفارة عليه وهو مول بحاله قال
ابو محمد طرحه سحنون ولا يقراه فان كان الايلاء عند الاطلاق وقع على الوطئ
فالقاضي يحمله على الوطئ في الدبر او على الطلاق لعدانية سحنون على
طرحه لذلك وعند الشافعي يحنث بالوطئ في الدبر في حق اليمين وينحل
الايلاء طرق ذكره في الروضة والخلاف السادس والثلاثون لو قال

لنسائه الاربع والله لا اقربكن يصير موليا منهن استحسانا وبه قال ملك
ولا يحنث بوطي بعضهن وبه قال الشافعي فاذا وطي ثلاثا منهن صار موليا
من الباقية على المذهب وهو قول زفر وفي قول صار موليا من جميعهن في
الحال كقولنا حكاه المزني عن الشافعي وعند ملك يحنث بجماع واحدة ولا
يبقى موليا من الباقيات وبه قال ابن حنبل وعنه لا يحنث بوطي واحدة
فاذا بقيت واحدة صار موليا ويبقى الايلا في الباقيات لان الايلا من امراة
لا يحل بوطي غيرها هذا اذا كان يحنث بوطي الواحدة منهن فيصير موليا من
الكل قلنا انها يمين واحدة وقد حنث فيها والايلا لا يبقى بعد الحنث ولانه
لا يلزمه بوطي البواقي شي والمولي من لا يمكنه قربان امراته الا بشي يلزمه فان
مات واحدة منهن انحلت اليمين اذا كان ذلك قبل وطيها وعلى قول من
يحنث بوطي البعض ينبغي ان يبقى الايلا في البواقي وبما قلناه قال الشافعي
وقيل ان البر والحنث يتعلق بوطي الميتة عندهم وفي جوامع الفقه لو
قال لامراتيه والله لا اقربكما يصير موليا منهما وهو استحسان ذكره في
الجامع ولا يحنث الا بقربانهما ولو قال انتما علي حرام يحنث بقربان احدهما
ولو قال ان قربت هذه وهذه فهو كقوله ان قربتكما يصير موليا
منهما ولو قال ان قربت هذه ثم هذه لم يصر موليا لانه لا يحنث بقربان
الثانية اولا الا ان قرب الاولى يصير موليا من الثانية قلت ينبغي ان
يكون ان قربت هذه فهذه مثلها لانه اذا قربهما قبل الاولى لا يحنث
للترتيب وجه الاستحسان ان وطي الواحدة منهما يجعله موليا من
الاخرى لا محالة فاخذت الاولى في الايلا حكم الباقية بخلاف ما لو قال
لامراته وامته والله لا اقربكما لا يصير موليا الا بعد وطي الامة لان وطي
الزوجة لا يجعله موليا من الامة يرد على هذه المسئلة على كلا المذهبين
مسئلة التعليق وهو ما اذا قال ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فانت
طالق فدخلت الاولى في غير الملك والاخرى في الملك وقع الطلاق عندنا
وعند زفر لا يقع واعتبر زفر الدخول الاول بالثاني لانه يقربه الى
الحنث فاخذ حكم الثاني فاشترط الملك فيه كالثاني ولم يعط الاول هنا حكم
الثانية ولم يجعله موليا من الاولى ونحن اعطينا الاولى حكم الثانية فجعلناه
موليا منهما كالثانية وفي التعليق لم نجعل للشرط الاول حكم الثاني حتى لم

يشترط

يشترط الملك عنده كما اشترطناه عند الثاني ولو قال والله لا اقرب واحدة
منكن فهو مولي منهن لان واحدة نكرة في سياق الشرط فهي كالنكرة في
سياق النفي فتعم بخلاف قوله والله لا اقرب احداكن لانها معرفة بالاضافة
الى المعرفة التي هي الضمير فكان موليا من واحدة منهن فان قرب واحدة
منهن حنث وسقط الايلا من البواقي فان نوى واحدة معينة فهو مولي
منها خاصة وفي الروضة قول الشافعي كقولنا ولو قال ان قربت واحدة
منكما فاحداكما او فواحدة منكما او قال لاخرى طالق او فهي صار موليا
منهما وتعتبر مدة كل واحدة منهما من حين حلف ذكره في جامع العتابي ولو
قال والله لا اقرب كل واحدة منكن فان كل واحدة منهما يعم عموم الافراد
وفي الروضة قال والله لا اجامع كل واحدة منكن قالوا صار موليا من كل واحدة
في الحال فان وطي احداهن انحلت اليمين في حق الباقيات وارتفع الايلا منهن
على الاصح عند اكثرهم وقيل لا يرتفع اليمين ولا الايلا في حق البواقي والخلاف
السابع والثلاثون اذا جعل ليمينه غاية يمكن وجودها في مدة الايلا
قال الاسبيجابي ان كانت ممن لا يرجى وجودها في مدة الايلا يكون موليا
وان كان ممن يرجى وجودها في المدة مع بقا النكاح ينظر ان كان ممن لا يحلف به
ولا ينذر لا يكون موليا وان كان مما يحلف به وينذر او يحلف ولا ينذر يكون
موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد تقدم جنسه فالذي لا يحلف ولا ينذر
كقوله حتى اضربك او تضربني او اضرب زيدا او اقتله لا يصير موليا
وان كان غاية ينتهي به النكاح كقوله حتى اموت او تموتي او اقتلك
او تقتليني يصير موليا كانه قال ما دام النكاح بيننا لانه ينتهي النكاح
بذلك والنكاح هو موقت بموت احدهما وقال ملك لو قال والله لا اقربك
حتى يدخل زيد الدار او حتى يموت فهو مولي وقال ابن حنبل لو قال
والله لا اجامعك حتى يموت ولدك او حتى يموت زيد كان موليا لان الغالب
ان الغاية لا توجد في اربعة اشهر وهو الاصح من مذهب الشافعي وفي الجامع
لو وجدت الغاية في المدة سقطت اليمين وكذا ان تعذرت عندهما
خلافا لابي يوسف على ما ياتي الا في الايمان ان شا الله تعالى ولو قال والله لا
اقربك حتى اقتلك او فلانا وقتله بطلت وان مات صار موليا بعده ولو
قال حتى تموتي او يموت فلان ومات بطلت ولو قال ان لم ادخل هذه الدار
او هذه اليوم فصارت احداهما مسجدا او نحوه او قال ان لم اشرب ما في هذا

الكوز او ما في هذا الكوز اليوم فاهريق احدهما تعين الاخر لليمين بالاتفاق
والخلاف الثامن والثلاثون لو قال في رجب والله لا اقربك حتى اصوم شعبان
لم يكن موليا لوجود الغاية في المدة ولو صامه سقطت اليمين بالاجماع فان
افطر يوما من شعبان سقطت اليمين عند ابي حنيفة لامكان القربان من غير
شي يلزمه وعند ابي يوسف يصير موليا من حين اكل او لم ياكل ولم ينو الصوم
حتى زالت الشمس لفوات الغاية فبقيت مؤبدة وعند محمد يصير موليا من
حين حلف وخالف اصله واخذ بقول ابي حنيفة في ان الغاية لا تمنع
الانعقاد وانما لم يصر موليا الى الان لامكان البر وبقول ابي يوسف في البقا
على غير المتصور فكان هذا رجوعا منه الى قول ابي يوسف في الكوز قال في
الذخيرة والصحيح ان قوله مع ابي حنيفة لانه لما كانت الغاية هذه
كالملتزم بالقربان صار كانه قال ان قربتك فلله علي صوم شعبان ذو بدل
يقوم بدله مقامه فلم تفت الغاية من كل وجه واذا صار بدله غاية
صار كانه قال لا اقربك حتى اصوم شهرا منكرا والخلاف التاسع والثلاثون
في جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها او
بالجب او كان اسيرا في دار الحرب او لكونها ممتنعة او كانت في مكان
لا يعرفها وهي ناشزة او بينهما اربعة اشهر لا شرعا مما يكون من السير
له دون غيره او حال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلاث ففيئه
باللسان بان يقول فئت اليها او رجعت او راجعتها او ارتجعتها او
ابطلت ايلاءها بشرط دوام العجز الى تمام المدة ومثله في البدايع
قال او كان محبوسا وقال القاضي في شرح مختصر الطحاوي لو الى منها
وهي محبوسة او هو محبوس او كان بينهما اقل من اربعة اشهر الا ان العدو
او السلطان يمنعه من ذلك لا يكون فيئه باللسان قال ويمكن ان يوفق
بين القولين في الحبس بان يحمل ما ذكره القاضي على ان احدهما يمكنه الوصول
الى السجن ومنع العدو والسلطان نادر على شرف الزوال والحبس حق
لا يعتبر في الفي باللسان وبظلم معتبر كالغالب وفي خزانة الاكمل المريض
فيئه بقلبه ولسانه وفيه ايضا لو كانت مريضة او صغيرة لا يجامع مثلها
ففيئه بالرضى بالقلب وفي المرغيناني لا يكون الفي بالقلب وذكر الجرجاني
لو فا بقلبه ولم يتكلم بلسانه ومضت المدة ان صدق على ذلك كان فيا
وفي المغني ما لفظه ومتى قدرت جامعتك وعن الشافعي يقول قد ندمت

على

على ما فعلت ومتى قدرت وطيتك ولا حاجة الى قوله ندمت مع حصول المقصود
بما تقدم وفي الجواهر لا يصح ايلا الخصي والمجبوب وقال اصبغ يصح فان الى
ثم جب انقطع ايلاؤه وفي الروضة لا ايلا من المجبوب على المذهب فان الى ثم جب
لا يبطل ايلاؤه على المذهب ومن الرتقا والقرنا كهو من المجبوب ويصح ايلا
المريض والخصي والمجبوب الذي بقي من ذكره قدر الحشفة وفي المغني
لا يصح الايلا من الرتقا والقرنا والمجبوب وان بقي شي من ذكره يمكنه الجماع
به صح ايلاؤه ويصح من الخصي فانه ينزل منه ما رقيق هكذا في المغني لابن
قدامه والخلاف الموفي اربعين في الاشراف لو فا المعذور بلسانه وقلبه
فهو في روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والبصري والنخعي
والزهري والثوري وابو قلابة وابو ثور وابو عبيد وهو قول الاوزاعي
وعكرمة ومذهب الايمة الثلاثة كقولنا الا ان عندهم اذا زال عذره
وقدر على الجماع ورفعته الى الحاكم يعود الفي بالجماع او الطلاق وقال
سعيد بن جبير لا يكون الفي الا بالجماع عند العذر وغيره ويروى عن ابي
ثور واختاره الطحاوي وفي الروضة العاجز يطالب بالفية باللسان
او الطلاق فان استعمل الفية باللسان امهل بها لقدرته عليها فاذا
زال المانع طلب الفي بالوطي او الطلاق فان امتنع يطلقها القاضي في
الجديد واحد قولي القديم وهو اختيار المزني والثاني يحبس ويعزر
حتى يفي او يطلق وان استمهل ليفي امهل بلا خلاف وان طلق وطلق القاضي
معا وقعا وقيل لا يقع طلاق القاضي وعند عجزه عن الوطي لا يطالب به
بل بفية اللسان وهذا مما لا خلاف فيه عن الشافعي ان الفي باللسان معتبر
عند العجز عن الوطي والخلاف الحادي والاربعون لو الى من امراته وهو مريض
وبانت بمضي مدة الايلا ثم صح وتزوجها وهو مريض ففا بلسانه لم يصح عند
ابي حنيفة ومحمد وصح عند ابي يوسف قالوا وهو الاصح لان الايلا وجد وهو
مريض وعاد حكمه وهو مريض وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في الوطي
فلا يعود فيه حكم الايلا قلنا ذلك بتقصيره فانه كان يمكنه الفي باللسان
قبل مضي المدة ولا يبين والخلاف الثاني والاربعون لو احرم بالحج او العمرة
ثم الى كان فيه بالجماع عندنا وقال زفر مع الثلاثة ارباب المذاهب لا
يطلب بالفي بالجماع مع قيام الاحرام لان وطيها حرام فاشبه الخلوة بالصوم
والاحرام والحيض واعتبروا العجز الشرعي بالحسي ونحن اعتبرنا القدرة

الحقيقية بالقدرة الشرعية لان حق العبد مقدم على حق الشرع بامره وغناه
وحاجة العبد الا في فروض الاعيان كالحج ونحوه والخلاف الثالث والاربعون
في المنافع ان من كان من اهل الايلا عند ابي حنيفة وعندهما من كان من اهل
وجوب الكفارة كان من اهل الايلا فعلى هذا اذا قال الذمي والله لا اقربك
فهو مول عند ابي حنيفة لانه من اهل الطلاق وهو قول الشافعي وكذا
ظهاره ذكره في البسيط وبه قال ابن حنبل وابو ثور وقال مالك يسقط باسلامه
وقال ابو يوسف ومحمد ان حلف بالله لا يصير موليا وبالعتق والطلاق يصير
موليا ولو حلف بالصوم والحج والعمرة والصدقة لا يصير موليا بالاتفاق
وابو حنيفة رضي الله عنه يقول الذمي يعظم الرب ويعتقد حرمة هتك
اسمه ولهذا الحلف في الدعاوى بالله تعالى وتوكل ذبيحته بتسمية اسم الله
تعالى عليها كالمسلم فيظهر في حق حكم البر دون الحنث لان الكفارة عبادة
لا تجب على الكافر والخلاف الرابع والاربعون لو آلى المسلم من امراته بالله تعالى
ثم ارتد ثم تزوجها يكون موليا عند ابي حنيفة ذكره في كتاب الطلاق املاء
وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان ايلاءه يبطل ذكره في الهاروني ولو
ظاهر ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم ولله المنة فهو على ظهاره في قول ابي حنيفة
وقالا يسقط وروى زفر عن ابي حنيفة في الهاروني ان ظهاره يبطل عنده
ولو ابانها في مدة الايلاء بها يبطل ايلاؤه للحنث ولو فاء اليها بلسانه وهي
مبانة لا يبطل ويقع الطلاق بمضي مدة الايلا لعدم صحة الفيء باللسان بعد
البينونة وكذا لا يصح بعد مدة الايلاء وفي التحفة لو قال انت طالق قبل ان
اقربك يصير موليا فان قربها وقع الطلاق وان تركها حتى مضت مدة
الايلا بانت منه والخلاف الخامس والاربعون هل لزوجة المولى رافعة زوجها
الى القاضي وطلب الوطء او الطلاق اذا كان قد وطئها مرة ام لا فعندنا ليس لها
مرافعته ولا للقاضي اجباره على احد الامرين بل نقول ان وطئها في مدة الايلا فاء
اليها وحنث في يمينه وان تركها من ذاته اربعة اشهر بانت منه بتطليقة على ما
تقدم وعند الائمة الثلاثة لها مرافعته الى القاضي بعد مضي المدة واستحقاق
مطالبتها تثبت عند مضي المدة عندهم وقال الماوردي ان استحقاق مطالبتها
للزوج ومرافعتها له الى القاضي تثبت عند ابي حنيفة في المدة لا بعدها قال
وعندنا بعد المدة ونقله عن ابي حنيفة غلط وفيه ايضا لو حلف بالصيام
لا يصير موليا عند ابي يوسف وانما في النقل والحالف بالصوم مول عندنا بلا خلاف

والخلاف

والخلاف السادس والاربعون لو جن المولى ووطئها انحلت اليمين قال ابو بكر من الحنابلة
يحنث وعليه الكفارة ويخرج من ايلائه اتفاقا وقيل لا يحنث وهو قول الشعبي مثلنا
قد وفاها حقها كالموفي دينها وقال مالك لا ينحل الايلا بجنونه ولم تنقطع المدة بجنونه
ولكن لا يطالب قبل افاقته وفي المغني قيل يبقى موليا حتى لو وطئها بعد افاقته
تجب عليه الكفارة وهو اختيار المزني من الشافعية والخلاف السابع والاربعون
لو قال ان وطئتك فعبدي هذا حر فمات العبد او اعتقه بطل الايلا وهو قول
الائمة الثلاثة فان زال ملكه ببيع او هبة فكذلك فان عاد ملكه فهو مول
من وقته وللشافعية فيه قول لعود الحنث وفي الجواهر ان ملكه بشرا او هبة
عاد وبالارث لا يعود عند مالك وهو بعيد وفي الجامع قال ان قربتك فعبداي
حران وباع احدهما ثم اشتراه وباع الآخر او باعه قبل شرا الاول فهو مول
من وقت شرايه وفي فاحدهما حر من وقت اليمين والشرط اتحاد البايع وقد
تبدل في الاولى ولم يتبدل في الثانية ولو قال ان قربتك فعلي حجة بعد
القربان بسنة او قبله بسنة يصير موليا ويلغو قوله قبله ولو قال
فعلي صوم هذا الشهر لا يصير موليا لانه اذا مضى الشهر يطاها بغير
شي يلزمه بخلاف الحج فانه لا يتعلق بسنة معينة وكذا لو قال فعلي عتق
عبدي هذا لا يصير موليا او ان قال فعلي صوم شهر كذا فان كان يمضي
قبل مدة الايلا لا يصير موليا وبعدها يصير موليا والخلاف الثامن والاربعون
لو قال ان قربتك فانت علي حرام ونوى اليمين صار موليا عند ابي حنيفة
وعندهما لا يصير موليا الا اذا قربها واعتبراه بقوله ان قربتك فوالله لا
اقربك وله انه منع نفسه عن قربانها بما يصلح للمنع وهو لزوم اليمين
كما لو قال ان قربتك فعلي يمين والحرام يمين ولهذا لو قال انت علي حرام كان يمينا
او طلاقا على ما ياتي عن قريب فصار كما لو عنى بالحرام الطلاق بخلاف قوله
لا اقربك فانه صرح في تعليق الايلا بالقربان والخلاف التاسع والاربعون
المولي لو كفر عن يمينه قبل الوطي لا اعتبار به عندنا ويقع الطلاق بمضي
مدة الايلا وعند من يجوز التكفير قبل الحنث بعد اليمين يرتفع الايلا لانه
لا يلزمه شي بوطيها وفي المسئلة خلاف وفي شرح ابن يونس وان حلف بالله
واستثنى ان شاء ملك موليا وله ان يطاها بلا كفارة وقال غيره لا يكون موليا كما
بعد التكفير وهو مشكل وتكلفوا للفرق له والخلاف الموفي خمسين لو قال والله لا
وطئتك ان شئت تقتصر المشية على المجلس عند الشافعي ويشترط الجواب على الفور

وعند ابن حنبل متى شاء صار موليا ولا يشترط الفور ولا المجلس واعتبرت الحنابلة
مشيتها بمشية غيرها فاشترطا على التراخي وعندنا جواب التمليك يقتصر على
المجلس ولا فرق بينها وبين الاجنبي والخلاف الحادي والخمسون لو قال والله
لا اقربك مرارا في مجلس واحد تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثا بتتبع بعضها
بعضا قياسا وهو قول محمد وزفر وواحدة استحسانا وهو قولهما والخلاف
الثاني والخمسون لو قال والله لا وطيتك في الدبر او فيما دون الفرج لم يصر
موليا اتفاقا فالمالك على ما تقدم في كتاب الرجم وان قال والله لا جامعتك الاجماع
سوء سئل عن نيته فان قال اردت الوطء في الدبر صار موليا لانه خالف
على ترك الوطء في الفرج وكذا فيما دون الفرج وان قال اردت به جماعا
ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا لانه الواجب في الفيء وهو
بدون الحنث وان قال اردت دون التقاء الختانين فهو مول كما لو قال
والله لا اطأك الا فيما دون الفرج وان لم يكن له نية فليس بمول للاحتمال
والخلاف الثالث والخمسون اذا كان المولي معذورا وفا بلسانه ومضت
مدة الايلا لا يقع به الطلاق فان قدر على الوطء واليمين باقية تستانف
مدة الايلا اربعة اشهر فان لم يطاها فيها بانت بمضيها وقال الحسن
وعكرمة والاوزاعي اذا فا بلسانه خرج من الايلا كالوطء وهو قول ابي
بكر من الحنابلة وقال الشافعي وابن حنبل يؤمر بالوطء او الطلاق اذا
زال عذره والفيء باللسان لا يوجب كفارة ولا حنثا وانما اثره في وقوع
الطلاق بمضي المدة قالوا الفيء الوعد بوفاء حقها اذا قدر ولزمها
الصبر عليه وانتظاره كالغريم المعسر ويبطل قولهم بان الفيء باللسان
ليس مثل انتظار الغريم المعسر فان صاحب الدين اذا ثبتت عنده عسرته
لا يجب عليه ان يقول انظرتك الى وقت اليسر وانما الواجب عليه ترك
مطالبته بدينه حتى يوسر وهم قد اوجبوا عليه ان يقول متى قدرت
على الجماع جامعتك ولا يجب على المعسر الذي ثبت اعساره ان يقول
قد ندمت على تاخيره ومتى قدرت على ادائه اديته اليك والذي يدل
على وجوب الفيء باللسان عند العجز من الوطء عندهم قولهم ان استعمل
الفيء باللسان لم يمهل عندهم لقدرته عليه وفي المغني فان امتنع من الفيئة
باللسان امر بالطلاق فان لم يطلق طلق الحاكم فلو كان الفيء باللسان من
باب الوعد بالوطء عند القدرة لما طلقها الحاكم عليه امراته لاجل ترك

الوعد

الوعد ومن العجائب عند الحنابلة ان الحاكم يطلقها ثلاثا اذا امتنع ولا يلزم
الزوج الا واحدة وهو لا يفعل الا ما يجب عليه عند امتناعه وهل هذا الا
بمنزلة من عليه الف يمتنع عن دفعه الى غريمه فياخذ القاضي من مال
المدين ثلاثة الاف ويدفعها الى رب الدين ويزعمون انهم من اهل الحديث
وينسبون غيرهم الى الراي فاي حديث في هذا واي راي والخلاف الرابع
والخمسون لو قال ان وطيتك فلله علي ان امشي في السوق لا يكون موليا عند
الجمهور وعند ابن حنبل في رواية عنه انه يصير موليا وكذا ابنذر المباحات
او المعاصي بناء على قاعدة له ان المعصية توجب كفارة في ظاهر مذهبه
وهذا الاصل له باطل الذي ربما ليس من جنسه واجب لله تعالى لا اعتبار به
ويلغى ولا يجب به كفارة وايجاب العبد معتبر بايجاب الله فما ليس من جنسه
واجب بايجاب الله تعالى لم يكن شرعا للحكم من جهة الحكم العبد فيلغو وليس
له شرع الاحكام ولا نصب الاسباب والخلاف الخامس والخمسون اذا وقف
المولي وهما يغير او صائم قال في البسيط لا خلاف انه يمهل حتى يفطر والحيض
يسقط المطالبة وقال المالكي اذا قال لا اخر تطلق عليه في الحيض ثم يجبر
على الرجعة لوقوع الطلاق في الحيض وهذا اعجب يومر بالطلاق وبالرجعة
في الحيض وكيف يجبر السلطان على ايقاع الطلاق في الحيض وهو حرام وعلى
الرجعة منه وعندنا لا يطلق عليه حتى تطهر والخلاف السادس والخمسون
المانع اذا كان طبيعيا كالمرض والرتق ونحوهما ففيئه باللسان بالاجماع
وقد ذكرنا فيما تقدم انه يقول فئت اليك او رجعت او راجعتك او
ارتجعتك او ابطلت ايلائي وحكمه عدم وقوع الطلاق بمضي المدة لا
حنثه بيد وانه لا يبيح الاجماع لقيام النكاح دون البينونة وعندهم
يقول حيد اعتذر بالاساءة وندمت وبعتذر ويعد بالوطء اذا زال عذره
وحكمه عدم الالزام بالفيئة بالوطء حتى يقدر عليه وفي المانع الشرعي
كالاحرام والصيام والظهار ان وطيها مع التحريم يكتفي به واندفعت
مطالبتها وان ابى قيل له طلق او يطلق عليك قال في البسيط المراوزة
قطعوا بذلك وزعموا انه لا يكتفى بالفيئة باللسان بل يقال له انت الذي ورطت
نفسك في هذه الورطة وقال وذهب مالك الى ان الوطء في حال الاحرام لا
تسقط به المطالبة وفي المغني لو وطيها وطا محرما في الحيض او الصيام الفرض
حنث وخرج من الايلا كقولنا والخلاف السابع والخمسون لو استعلم القاضي

عندهم ثم طلق القاضي قبل مضي مدة الامهال لم تطلق سوا كان في تلك المدة اولم
يفي وفيه وجه للشافعية يقع طلاقه عليها وضعفوه والخلاف الثامن والثلاثون لو
ذكر في البسيط لو ادعى المولى العنة بعد مضي مدة الايلا عندهم يسلك
به مسلك العنين وان لم يطلق ولم تطلق وذكر العراقيون وجها انه
يطلق واستغربوه قلت وليس بغريب من جهة الدليل لان الطلاق اذا كان
مستحقا عليه بمضي مدة الايلا فلا يجوز تاخيره بمجرد قول الزوج كما في
دعوى الاعسار في الدين والخلاف التاسع والخمسون لو قال ان قربتك فكل
مملوك اشتريه فهو حر يصير موليا ويعتق من يشتريه وقد تقدم الخلاف
فيها عندنا في حق الايلا وقال مالك يصير موليا ولا يعتق من يشتريه وهي مسئلة
معروفة قد تقدمت في تعليق العتق بالملك والطلاق اذا عم والخلاف
الموفي ستين لو خص بلدا يصير موليا عندنا في الحال وقال مالك في المدونة
لم يصر موليا حتى يملك عبدا من تلك البلدة بالشرا وقال غيره من المالكية
هو مول في الحال اذ يلزمه بالوطي عتق عبد فيما يشتريه من العبيد
من تلك البلدة وقاله ابن القاسم ولو قال والله لا اطاك الا برضاك لا
يصير موليا وفي المرغيناني عبد الى من امراته الحرة ثم ملكته لا يبقى الايلا
ولو باعته او اعتقته ثم تزوجها يعود الايلا ولو قال والله لا اقربك
ما دام هذا النهر فان كان نهرا لا ينقطع ماوه فهو مول وفي مجمع البحرين
للصغاني يقال فاء يفيء فيا اذا رجع وفلان سريع الفيء من غضبه وانه
لحسن الفيئة بالكسر مثال الفيعة اي حسن الرجوع والفيء ما بعد
الزوال من الظل قال حميد
فلا الظل من برد الضحى يستطيعه ولا الفيء من برد العشي يذوق
وسمي الظل فيا لرجوعه من جانب الى جانب قال ابن السكيت الظل ما
نسخته الشمس والفيء ما نسخ الشمس ومثله في المغرب وفي التكملة
عن المفضل يقال للقطعة من الطير فيء وعرقة وصف ويقال في الاسف
يا فيء ما لي ويا هيء مالي ويا شيء مالي ويقال هو من الكلام الذي ذهب من
كان يحسنه ويجعلوه فيء وهيء وشيء في موضع تلهف وتحسر واستغفر
ونحوها وفي النهاية لابن الاثير الفيء على ذي الرحم اي العطف عليه والرجوع
اليه بالبر والفيئة الطايفة والهاء عوض من اليا التي نقصت من وسطه
واصله فيء مثال فيع ذكر الجوهري وقد ذكرنا بعض ذلك في باب المواقيت

قوله وان قال لامراته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت
الكذب فهو كما قال وقيل لا يصدق في القضا لانه يمين ظاهرا وان قال اردت
الطلاق فهو تطليقة باينة الا ان ينوي الثلاث فهو ثلاث وقد تقدم
في الكنايات وان قال اردت التحريم او لم ارد به شيا فهو يمين يصير به موليا
ومن المشايخ من يصرفه الى الطلاق من غير نية للعرف قال صاحب الكتاب في
في الايمان وعليه الفتوى وفي المرغيناني لو قال كل حل او حلال عليه حرام او قال
حلال الله او حلال المسلمين عليه حرام ولم ينو شيا قال الامام ابو بكر محمد بن
الفضل والفقيه ابو جعفر وابو بكر الاسكاف وابو بكر بن سعد تبين امراته
بتطليقة ولو قال لم ينو الطلاق لا يصدق في القضا لانه صار طلاقا عرفا ولهذا
لا يحلف به الا الرجال وفي الذخيرة هذا كله طلاق باين باتفاق وان كانت له
اربع نسوة وقع على كل واحدة طلقة باينة وفي فتوى الاوزجندي والشيخ
الامام الخطيب مسعود ابن الحسين الكشاني انه يقع واحدة والبيان اليه قال
صاحب الذخيرة وهو الاظهر والاشبه وفي الذخيرة قال انت علي حرام سئل هذا
هو المذكور في كتب محمد رحمه الله ولو لم يكن له امراة لم يلزمه شي لانه يمين بالطلاق
ولا وجه له فان تزوج امراة وباشر الشرط اختلفوا فيه قال ابو جعفر تبين
المتزوجة وقال غيره لا تبين وبه اخذ الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى لكن
يكون يمينا لان الحرام يمين وكان نجم الدين النسفي يقول يبطل هذا الكلام ولا يكون
يمينا وابو جعفر قد بان تزوجت ولو قال انت علي حرام الخمرة فهي واحدة وكذا
لو قال انت علي حرام كالميتة والدم ولحم الخنزير والخمر فهو كقوله انت علي حرام الا
ان في الاول يكون يمينا بغير نية بلا خلاف بين المشايخ وهنا اختلفوا عند عدم
النية هكذا في الذخيرة ولو طلق الحرة واحدة ثم قال انت علي حرام ينوي ثنتين
لا تصح نيته وان نوى الثلاث صحت وتقع طلقتان اخريان وان لم ينو اليمين
فهو يمين لان تحريم الحلال يمين واليمين في الزوجات ايلا ولو قال انتما علي حرام
فنوى الثلاث في احداهما وواحدة في الاخرى كما لا نوى عند ابي حنيفة ذكره
المرغيناني ولو قال انت معي في الحرام فهو كقوله انت علي حرام قال
انا عليك حرام او قال حلال فقال انت معي او على مثل ما انت على جميع اهل المصر
فهي طالق ان نواه وفي جوامع الفقه قال ان قربتك فانت علي حرام ومضت
مدة الايلا ثم قال نويت به الطلاق طلقت ثنتين ولو قال ان قربتك فانت طالق
فمضت المدة ثم قال كنت قربتها في المدة لم يصدق ووقع طلقة اخرى باقرار وان

قال انت علي حرام فهو ايلا الا ان ينوي الطلاق وان نوى الظهار فهو ظهار
عند محمد وهذا خلاف ما ذكره في الكتاب ولو قال انتما علي حرام ينوي الطلاق
في احداهما والايلا في الاخرى فهو ايلا فيهما عنده وطلاق فيهما عندهما وقد
اختلف اهل العلم في لفظة الحرام اختلافا شديدا يرتقي الى خمسة عشر مذهبا
المذهب الاول ما ذكرناه فيه وهو قول ابي بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس
وعايشة وبه قال الحسن ابن ابي الحسن البصري وعطا وطاوس وسعيد ابن المسيب
وسعيد ابن جبير ورواية عن ابن حنبل وكان ابن عباس يقول هو يمين ويستدل
بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم
ويقول لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة متفق عليه وهو ايضا قول سليمان
ابن يسار وقتادة والاوزاعي وابي ثور ذكر ذلك في الاشراف والمحلى والمغني
والمذهب الثاني ان الحرام ثلاث روى ذلك عن علي وزيد ابن ثابت وابن عمر وبه
قال الحكم وابن ابي ليلى ومالك الا انه قال ينوي في غير المدخولة وقد تقدم
ذلك في كنايات الطلاق والمذهب الثالث ان فيه كفارة الظهار يروى عن ابن
عباس وبه قال ابو قلابة واحمد ابن حنبل والمذهب الرابع هو على ما نوى ثنتين
ثنتان هذا قول الزهري وزفر والمذهب الخامس انه تطليقة باينة لا غير
وهو قول حماد ابن ابي سليمان والمذهب السادس التوقف فيه يروى عن علي
رضي الله عنه انه قال ما انا بمحلها ولا بمحرمها عليك ولا امرك ان تتقدم ولا
ان تتاخر والمذهب السابع اذا لم يكن له نية فليس بشي يروى ذلك رواية
اخرى عن النخعي وعند الشافعية فيه ثلاثة اوجه احدها مثل الرواية عن
النخعي والثاني ان فيه لزوم الكفارة والثالث صريح في حرمة الامة كناية في الحرة
وان نوى به الطلاق فهو طلقة رجعية وان نوى ثنتين او ثلاثا فهو على
ما نوى وان نوى ظهارا فهو ظهار وان نوى التحريم فليس فيه الا الكفارة وقال
ابن حزم في المحلى قول الشافعي ان نوى ظهارا لم يكن ظهارا وان نوى ايلا لم يكن ايلا
وان نوى طلاقا كان طلاقا هذا فرق لا يعرف وجهه قلت مذهب الشافعي ما ذكرته
قبله ذكره في البسيط والمنهاج ونقل ابن حزم عنه غلط وهو كثير التخليط
والخطا في نقل مذاهب والمذهب الثامن قاله مسروق والشعبي وهو مثل
تحريم بضعة من بدنها ليس بشي وبه قال ابو سلمة بن عبد الرحمن والمذهب
التاسع هو على ما نوى في الواحدة باينة وان نوى ثلاثا فثلاث وان لم يكن له
نية فليس بشي ومر كذبه وهو مذهب الثوري والمذهب العاشر انها

تعبيرها بذلك وان لم يذكر طلاقا يروى هذا عن ابي هريرة وخلاس بن عمرو
وجابر بن زيد انهم امروه باحسانها فقط والمذهب الحادي عشر ان نوى
واحدة او لم ينو شيا فهو واحدة باينة وان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى اثنتين
فاثنتين يروى ذلك عن ابراهيم وهو الذي عليه المتاخرون من مشايخنا الا
في نية الثنتين فانها لا تصح عند ايمتنا الثلاثة والمذهب الثاني عشر هو
يمين لكن كفارته عتق رقبة روى ذلك عن ابن عباس وقال اخرون هو يمين فقط
والمذهب الثالث عشر في غير الزوجة وليس بيمين في الزوجة يروى عن الحسن
ووجه للشافعية والمذهب الرابع عشر ان ذلك ليس بشي في الامة لا في الزوجة
والطعام كالامة وبه قال مالك والمذهب الخامس عشر ان ذلك باطل وكذب
وهي زوجته وان زاد كالميتة والدم ولحم الخنزير نوى بذلك كله الطلاق او لم ينو
ذكره ابن حزم في المحلى وزعم انه مذهب ابن عباس والشعبي وابي سلمة بن عبد الرحمن
الحميري وابي سليمان الخطابي وجميع الظاهرية ورد على مالك في تفريقه بين
الزوجة والامة فقال الامة تحرم بالعتق كما تحرم الزوجة بالطلاق وقد
حل المطلقة ثلاثا بعد زوج اخر فهلا قالوا بتحريمها على الابد كما قالوا في
الناكح في العدة اذا دخل بها قال قول ابي حنيفة ان نوى ظهارا لم يكن ظهارا
ليت شعري من ابن خرج هذا الفرق وانه ان نوى ايلا كان ايلا قلت لقد كذب
الخبيث على ابي حنيفة رضي الله عنه اما عمدا او جهلا قال ابو حنيفة ان نوى
به ظهارا كان ظهارا كذب في الكتاب وقد تقدم مع ان الفرق بينهما ظاهر
وقد جا الى رسول الله من ازواجه اي حلف عليهن شهرا والحلف على الزوجة
ايلا اذا كان مطلقا او على اربعة اشهر والظهار يختص بالتشبيه بالمحللة
بالمحرمة على التابيد قال وعلى وساير الاقوال الموجبة للطلاق بها واليمين
وللايلا وللظهار كلها اقوال ليس اقوال الصحابة لم يات في نص قران ولا
سنة ولا حجة فيما سواهما قلت هذا دعوى وتحكم فكيف عن امذهبه المتروك
الى ابن عباس وهو لا يثبت عنه والصحيح الثابت عنه انه يمين متفق عليه
والى الشعبي وقوله ليس بحجة عند الكل وهو رجل مدروج لكلامه والله اعلم

باب الخلع

قوله واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي
نفسها منه بالخلع بما به وما خالفه في ذلك الا بكر بن عبد الله المزني وابي

جوازه وزعم ان الاية التي دلت على جوازه منسوخة باية النساء وهي قوله تعالى
وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الاية وشرط النسخ تاخر الناسخ وتعذر
الجمع بينهما والاصل عدم النسخ وسياتي الكلام على ذلك عن قريب ان شاء الله
ان شاء الله تعالى وعن ابن سيرين وابي قلابة عبد الله بن زيد الجرمي التابعي
الكبير ان الخلع لا يحل حتى يجد على بطنها رجلا لقوله تعالى ولا تعضلوهن
لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن الا ان ياتين بفاحشة مبينة وقالت
الظاهرية لا يجوز الخلع الا بشرطين ان كرهته المراة وخافت ان لا توفيه
حقه او خافت ان يبغضها فلا يوفيها حقها فلها ان تفتدي نفسها
منه بتراضيهما بجميع ما تملك وقالت طايفة لا يجوز الخلع الا باذن السلطان
وعن ابن سيرين كانوا يقولون لا يجوز الخلع الا عند السلطان وعن سعيد
ابن جبير معناه ومثله عن الحسن البصري ذكر ذلك في المحلى وقالت طايفة
لا يجوز الخلع الا ان تقول المراة لزوجها لا اطيع لك امرا ولا اغتسل لك
من جنابة وقالت طايفة لا يجوز الخلع الا مع نشوزه واعراضه ولا يقيم
معها حدود الله تعالى ذكر في التمهيد والمحلى وزعموا ان قوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به منسوخ بالايتين والنسخ انما يكون عند الاختلاف
وتاخر تاريخ الناسخ ولم يوجد واحد منهما الا انهما اذا خافا ان لا يقيما
حدود الله فقد صار الامر منسوبا اليهما جميعا وفي الاية التي زعموا انها
ناسخة الامر منسوب الى الزوج بارادة الاستبدال وقال في المحلى وتعلقوا
ايضا بحديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما امراة سالت
زوجها الطلاق من غير باس فحرام عليها رايحة الجنة وبحديث ابي هريرة
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المنتزعات والمختلعات هن
المنافقات قال الحسن لم اسمع من ابي هريرة قال ابن حزم ولا منافات بين الايتين
وانما في اية النساء تحريم اخذ شيء من صداقها اثما وبهتانا وليس فيها نهي
عن الخلع ولا ذكر له قال ابن المنذر الجواز قول عامة اهل العلم والمراد بالخوف
المذكور في الاية العلم قال ابو عبيد واليقين قال ابو محجن الصحابي

اذا مت فادفني الى جنب كرمة ،، تروي عظامي بعد موتي عروقها ،،
ولا تدفنني في الفلاة فانني ،، اخاف اذا ما مت ان لا اذوقها ،،

اي اعلم واتحقق ولهذا اوقع ان لا اذوقها قوله قال فان فعلا ذلك وقعت طلقة
باينة وهو قول عثمان وعلي وابن مسعود وبه يقول الحسن وابن المسيب وعطا

وشريح

وشريح والشعبي وقبيصة بن ذويب ومجاهد وابو سلمة والنخعي والزهري والاوزاعي
ومكحول وابن ابي نجيح وعروة ومالك والشافعي في الجديد وعليه الفتوى ذكره
في البسيط وقالت الظاهرية تطليقة رجعية فان راجعها رد عليها ما اخذه
ذكره في المحلى وهو قول الزهري وابن المسيب وقال ابن حنبل واسحاق ابن راهويه
فرقة بغير طلاق وهو قول ابن عباس والقديم للشافعي قال صاحب البسيط
وهو المنصوص في الخلاف قلت قد ذكرت الشافعية ان الشافعي غسل كتبه
القديمة واشهد على نفسه بالرجوع عنها فمن جعلها مذهبا له فقد كذب
عليه قاله امام الحرمين وغيره وصنف تاج الدين عبد الرحمن الفركاح في هذا
جزا وهذا الذي ذكرناه عبارته فمن نصر ذلك على انه مذهب الشافعي فهو
خطا فاحش واتباع الهوى وذلك من قلة الدين وفي نصرته تضعيف الجديد
الذي عليه قوام لكن من نصر ذلك باجتهاد منه وجعله مذهب نفسه وكان
من اهل الاجتهاد ولم ينسبه الى الشافعي فليس بمذموم وكذا قولهم ان الفتوى
على القول القديم في خمسة عشر مسئلة او ست عشرة مسئلة او في ثلاث مسايل
كما قاله امام الحرمين وغير ذلك الاصحاب اختلافهم فيها لعامة اهل العلم حديث
عكرمة عن ابن عباس ان امراة ثابت بن قيس اتت النبي عليه الصلاة والسلام فقالت
يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعتب عليه في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في
الاسلام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تردين عليه حديقته قالت نعم قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة رواه البخاري
وليس فيه باينة وهي جميلة اخت عبد الله بن ابي بن سلول وذكر ابو الحسن ابن بطال
في شرح البخاري عن عكرمة عن ابن عباس انه قال اول خلع وقع في الاسلام
اخت عبد الله بن ابي بن سلول اتت النبي عليه الصلاة والسلام فقالت يا
رسول الله لا يجمع راسي وراسه ابدا اني رفعت الخبا فرايته اقبل في عدة فاذا
هو اشدهم سوادا واقصرهم قامة واقبحهم وجها فقال اتردين عليه حديقته
قالت نعم وان شاء زدته وروي نعم وزيادة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فاخذ ماله وخلى سبيلها فلما بلغ
ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدار
قطني ابو الزبير سمعه من غير واحد قال ابو الفرج اسناده صحيح وذكر
عبد الحق في الاحكام الوسطى عن عبد الرزاق عن معمر قال بلغني انها قالت
لرسول الله بي من الجمال ما قد ترى وثابت رجل دميم وهذا الحديث الصحيح نص

على ان الواقع به تطليقة وعند داود واصحابه رجعية الا ان يكون قبل الدخول
او يكون الثلاث فان راجعها رد عليها ما اخذ منها وعن حبيبة بنت سهل
الانصارية انها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وان رسول الله صلى الله عليه
وسلم خرج الى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه قالت انا حبيبة بنت سهل يا رسول
الله قال ما شانك قالت لا انا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء ثابت قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله
ان تذكر فقالت يا رسول الله كل ما اعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لثابت خذ منها فاخذ منها وجلست في اهلها رواه احمد وابو داود
والنسائي وهذا لفظه وعن عايشة رضي الله عنها ان حبيبة بنت سهل
كانت عند ثابت بن قيس ابن شماس فضربها فكسر بعضها فاتت النبي عليه
الصلاة والسلام بعد الصبح فدعا عليه الصلاة والسلام ثابتا فقال
خذ بعض مالها وفارقها فقال ويصلح ذلك يا رسول الله قال نعم قال فاني
اصدقتها حديقتين وهما بيدها فقال خذهما وفارقها ففعل رواه
ابو داود وعن الربيع بنت معوذ ان ثابت ابن قيس بن شماس ضرب امراته
فكسر يدها وهي جميلة اخت عبد الله بن ابي فاتى اخوها يشتكيه الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال له خذ الذي لها عليك وخل سبيلها قال
نعم فامرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تتربص حيضة واحدة وتلحق
باهلها رواه النسائي وعن الربيع بنت معوذ بن عفرا اختلعت على عهد
النبي عليه الصلاة والسلام فامرها النبي عليه الصلاة والسلام او امرت
ان تعتد بحيضة وعنها قالت اختلعت من زوجي ثم جيت عثمان فسالت
ماذا علي من العدة فقال لا عدة عليك الا ان يكون حديث عهد بك
فتمكثين عنده حتى تحيضين حيضة قالت انما تبع في ذلك قضا رسول
الله صلى الله عليه وسلم في مريم المغالية وكانت تحت ثابت بن قيس فاختلعت
منه رواه النسائي وابن ماجة وهذا لفظه وذكر التطليقة البائنة
في حديث عثمان وضعفه احمد وحديث علي وابن مسعود في اسنادهما
مقال وليس في الباب اصح من حديث بن عباس هكذا ذكره ابو بكر ابن المنذر
في الاشراف واستدل ابن عباس على الفسخ بان الله تعالى ذكر الطلاق ثم الخلع
ثم الطلاق فدل على انه ليس بطلاق وقال ابو محمد بن حزم وكذا ليس بفسخ

ان

ان كل واحد منهما مسكوت عنه والسنة الثابتة اثبتت انه طلاق كما اخرجه
البخاري عن ابن عباس في امراة ثابت بن قيس قال له عليه الصلاة والسلام
اقبل الحديقة وطلقها عليها تطليقة واعترض ابن حزم علينا وعلى
المالكية فقال لا يجوز لهم ان يعملوا بهذا الخبر فانه من رواية
ابن عباس ومذهبه الذي صح عنه انه فسخ واذا عمل الصحابي بخلاف روايته
دل على نسخه كما قالوا في رواية ابن عباس وعايشة رضي الله عنهم من مات
وعليه صيام صام عنه وليه وهو مرفوع رواه مسلم قلت انما لم يعمل به
هنالك لدليل اقوى منه عنده وهو القران على ما توهم فلا يدل على نسخه
وانما ترك روايته في الصيام عن الميت لحديث معارض له وهو موافق لقياس
الاصول وقواعدها وان كان طريق الصيام عن الميت اقوى ولان تركه
العمل به يدل نسخه اذا لم يكن لمعارض اقوى منه بل كان تركه بغير دعوى
المعارضة لانه لا يسع الصحابي ان يروي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم حديثا ويعمل بخلافه بلا شبهة لما في ذلك من تفسيقه ولان الواقع لو
كان رجعيا يردها كرها فيعود الامر كما كان على موضوعه بالنقض وعن ابن
عباس انه عليه الصلاة والسلام جعل الخلع تطليقة بائنة وفي اسناده
عباد بن كثير الثقفي ولا يصح ذكره عبد الحق في احكامه وذكر شمس الايمة
السرخسي في المبسوط رجوع ابن عباس الى قول الجماعة وقال ابو ثور
ان خلعها بلفظ الطلاق فله الرجعة وان خلعها بلفظ الخلع فلا رجعة
له وان شرط في الخلع رجعتها صح الخلع وبطل شرطه وبه قال ابن حنبل
وهو احدى الروايتين عن مالك وقال الشافعي يبطل الخلع ويقع رجعيا
ذكره عنه في المغني قلنا هو لا يفسد بفساد عوضه فكذا بالشرط الفاسد
كالنكاح **قوله** وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا وان
كان النشوز منها كره له ان ياخذ اكثر مما اعطاها هكذا في كتاب الطلاق
من الاصل وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا ولو اخذ الزيادة جاز
في القضا وكذلك اذا اخذ عوضا والنشوز منه وفي التمهيد وجوز مالك
والشافعي الخلع بجميع مالها اذا كان النشوز منها لقوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به ولحديث حبيبة بنت سهل وعن مولاة لصفية بنت ابي
عبيد انها اختلعت بكل شي لها فلم ينكر ذلك ابن عمر وقال ابن عمر وابن عباس لا باس
ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وهو قول عكرمة ومجاهد وابراهيم واخرين

قال عكرمة ياخذ منها حتى قرطها وقال مجاهد وابراهيم ياخذ منها حتى عقاص
راسها وفي المحلى وكرهه على ابن ابي طالب والحكم بن عتيبة وحماد ابن ابي سليمان
وميمون ابن مهران ان ياخذ زيادة على ما اعطاها وفي التمهيد وهو قول
الحسن وعطا وطاوس لما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام في حديث
جميلة اما الزيادة فلا وهو رواية المروزي وبه قال ابن حنبل وعن ابن
المسيب والشعبي لا ياخذ منها كل ما اعطاها وان كان النشوز منه
وهو مضار لها قال الزهري ومالك لا يحل له ان ياخذ منها شيا فان فعل لها
مع ذلك لزمه الطلاق ويرد ما اخذ منها قال ابن حزم وهو مناقضة لانه
ان لزمه الطلاق ويرد ما اخذ منها وجب تملك بدله وان لم يجب يملك ما اخذه
عوضا عن طلاقها لم تطلق وقال الاكثر وان كان النشوز من قبل الزوج لا يجوز
اخذ الفدية وخالفوا اصحابنا في ذلك وفي رواية ابن القاسم عن مالك كقولنا
وهو مذهبه ذكره ابو عمر بن عبد البر في التمهيد وابن بطال في شرح البخاري
وفي سنن الكبير للبيهقي ان امراة طلقها زوجها على الف درهم فرفع الى عمر
رضي الله عنه فقال باعك زوجك طلاقا بيعا واجازه من غير فصل ولانه عقد
بالتراضي فكان منعقدا الا ان النهي لو وجد فيه لا يدل على البطلان في العقود
بخلاف العبادات على ما عرف في اصول الفقه كالبيع وقت النداء والنهي عن تلقي
الجلب وبيع الحاضر للبادي وغير ذلك وليس في اية النسا نهي عن الخلع ولا ذكر له
وانما فيها اخذ شي من صداقها اثما مبينا وبهتانا وكذا اخذه غصبا
وعدوانا بالضرب والاكراه ولا كلام فيه ومثل ذلك في المحلى ذكره ابو محمد علي بن حزم
وقال ابن المنذر وهذا من قوله خلاف ظاهر كتاب الله وخلاف ما اجمع عليه عوام
اهل العلم وخلاف الخبر الثابت عن نبي الله ولا احسب انه لو قيل لامرئ اجهد
بنفسك في طلب الخطا لم يكن اعظم من ان ينطق الكتاب بتحريم فيتابله متابل بالخلاف
نصا فيقول بل يجوز ولا يجبر على رده ويقول لما اجاز له ان ياخذ ما لها اذا طابت
به نفسها على غير طلاق جاز ان ياخذه على الطلاق قال وهذا غلط كبير لانه
يحل ما حرمه الله في كتابه من ابواب المعاوضات على ما اباحه من العطية بغير
عوض فيجوز لهذا القايل ان يشبه ما حرمه الله من الربا في كتابه من ابواب المعاوضة
بما اباحه من العطايا المباحة بغير عوض ويشبه قوله تعالى فان طبن لكم عن شي منه
نفسا فكلوه هنيئا مريئا بما حرمه الله تعالى في قوله ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن
شيا الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله انتهى كلامه وهذا كبير اساءة امثاله من

الجهاد

الجهاد والظاهرية **قوله** خلاف ظاهر كتاب الله هذيان منه اذ ليس في كتاب الله
نص على حرمة ذلك ولا هو ظاهر فيه وليس في اية النسا نهي عن الخلع ولا ذكر له
وانما فيها النهي عن اخذ شي من صداقها اثما مبينا وبهتانا والمراد بذلك
ان ياخذه بالغصب والضرب والاكراه كما ذكرنا لا بالعقد عن تراض منهما ولا كلام
في الاكراه والغصب **قوله** وخلاف للخبر الثابت عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم غير صحيح وهو جهل منه بيانه ان الاحاديث الواردة في الخلع
كلها فيما اذا كان النشوز والكراهية من النسا فقط ولم يرد حديث
في الخلع بالنشوز من جهة الزوج دون الزوجة اصلا مثل حديث جميلة
بنت سلول وحديث حبيبة بنت سهل وغيرهما كما ذكرنا بطرقها ومن خرجها
فاين مخالفة الخبر الثابت وضرب ثابت امراته وكسر بعضها كما روت
عايشة في حديث حبيبة والضرب من الزوج وكسر يد الزوجة وكسر
بعضها دليل ظاهر على بغض الزوجة وكراهتها وان النشوز منه وجوز
رسول الله صلى الله عليه وسلم له اخذ صداقها اليها **قوله** نشبه
فان طبن لكم عن شي منه نفسا الاية بما حرم الله في قوله ولا يحل لكم ان تاخذوا مما
اتيتموهن شيا الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله قال ثم غلظ بالوعيد فقال
تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون
وعجبي من جهله انكاره على ابي حنيفة في هذه الاية دون غيره من العلما فان
الخلع عند عدم الخوف جايز عند عامة العلما كمالك والشافعي واصحابهما
مع اصحابنا وانما خالفهم فيه الايمة الا الظاهرية معه وفي رواية عن ابن حنبل
ودعوى الربا في الخلع وذكر الفرق بينه وبين العطية بطيب النفس
دليل على عدم معرفته بالربا لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض المشروط
في عقد معاوضة المال بالمال وهذا لا يتصور في الخلع لان البضع ليس بمال
حتى يتحقق فيه ربا الفضل وفي البدايع ولان الزوج اسقط ملكه عنها
بعوض رضيت به وهو من اهل الاسقاط وهي من اهل الرضى فيجوز في القضاء
فلو انه كف لسانه عن اهل العلم لم ارد عليه بذلك الكلام وتبعه في ذلك
ابن بطال وتعلق بحديث ثابت بن قيس قلت وامامه اول مخالف له قال عليه
الصلاة والسلام اما الزيادة فلا وهو يجوز له اخذ الزيادة وقال ابن حنبل
ان اتت بفاحشة فعضلها بالضرب والتضييق عليها يجوز الخلع فجوز الخلع
مع الاكراه للامة وهو نظير قول من قال لا يجوز الخلع الا ان يجد على بطنها

رجلا وفي سنن ابن ماجه جميلة بنت سلول وفي سنن البيهقي بنت السلول بلام
التعريف في عدة مواضع منها وفيه زينب بنت عبد الله بن ابي سلول وفيه
فردت عليه حديقته وزادته وهي حبيبة ثم تزوجها ابي بن كعب بعد ذلك
فخرج بها الى الشام فتوفيت هنالك وفيه ان عمر بن الخطاب امر بامراة
الى بيت كثير الزبل ثلاثة ايام ثم اخرجها فقال لها كيف رايت فقالت ما
رايت الراحة الا في هذه الايام وكانت نشزت من زوجها فقال عمر اخلعها
ولو من قرطها واختلف في معنى قولها لا انا ولا ثابت اي لا كنت ولا كان اذ كانا
سبب شغل قلب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل معناه لا اوافقه
ولا يوافقني وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال لو كان الخلع طلاقا للزم
ان يكون الطلاق اربعا وشرع في ذلك الشافعي في القديم قال في النهاية
والصحيح الجديد وعليه الفتوى وجه ذلك ان الخلع يرجع الى الطلاقين
المذكورين ويكون ذكرهما اولا بغير عوض ثم ذكرهما بعوض ثم ذكر الثالث
بغير عوض او انه طلقها ثلاثا جملة ولهذا قال فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره فلا يلزم من جعل الخلع طلاقا شرع الطلقة الرابعة
ذكر ذلك صاحب البدايع قال السغناقي في شرح البخاري الحديقة
ارض ذات شجر قاله ابن فارس وقال الهروي كل ما احاط به البناء وهي البستان
ويقال للقطعة من النخل حديقة وقال سعيد لقتادة عمن اخذ الحسن
قوله لا يكون الخلع الا عند السلطان قال اخذه من زياد وكان واليا
لعمر وعلي رضي الله عنهما وقرا الاعرج وحمزة الا ان يخافا بضم الياء وفي
قراءة عبد الله الا ان تخافوا فعلى هاتين القراءتين يصح قول الحسن وزياد
والعقاص الخيط يعقص اطراف الذوايب اي تضفر به وفي السغناقي
ولا تاخذوا مما اتيتموهن شيئا اي غصبا وعدوانا ليوافق مذهب
امامه فينبغي له ان لا ينكر على غيره اذا قال كذلك مع انه لا ذكر للخلع
في اية النساء بخلاف اية البقرة ثم الخلع جائز في الحيض والنفاس والطهر
الذي وطيها فيه عندنا وبه قال الشافعي وابن حنبل وقال مالك لا في الحيض
واشهب في مدونته لا يخالعها وهي حائض وفي المبسوط وشرح مختصر
الكرخي للقدوري قال نفاة القياس اذا كان النشوز من قبلها لا يجوز الخلع
على مال قلت هو قول الشافعي وابن حنبل ومالك في غير رواية ابن القاسم ايضا
وفي قاضي خان تظهر فائدة الخلاف بيننا وبين الشافعي انه لو طلقها

طلقة رجعية تقع عندنا ولو كان فسخا لم تقع قال وعند الشافعي لا تقع ثلث ولو
كان طلاقا لا تقع عنده ايضا ولو تزوجها مرارا بعد ما خلعها لا تحل له بعد
الثلاث عندنا وعنده تحل واجمعنا على وجوب تجديده للحل وفي التنبيه
يكره الخلع الا في حالين ان يخافا ان لا يقيما حدود الله وان يحلف بالثلاث فيخالع
للخلاص قلت هذا عجب اباح الشافعي ارسال الثلاث في غير الحالتين المذكور
تين وكره الخلع وهو طلقة اذا كان بلفظ الطلاق وبلفظ الخلع والمفاداة
والفسخ ان نوى الطلاق فطلاق وان لم ينو ففيه ثلاثة اقوال طلاق او
فسخ او ليس بشيء وفي المنهاج الخلع فرقة بعوض بلفظ الطلاق او الخلع
وهي طلاق وقيل قول الخلع لا ينقص العدد والمفاداة كالخلع في الاصح
ولفظ الخلع صريح وفي قول كناية وفي البسيط هل الخلع صريح في الطلاق
او كناية فان قلنا صريح فما خذه شيوع ارادة الطلاق ولحوقه بالمتكرر في
القران وذهب اليه معظم الشافعية وهو ممنوع الا بذكر المال وعندنا
اذا ذكر المال لا يحتاج فيه الى النية ومنهم من قال ما خذه ذكر المال وهو
قرينة في الحاق الكناية بالصريح لا خلاف في مذهبه ان قرائن الاحوال لا تلحق
الكناية بالصريح كالغضب وسؤال الطلاق وما يظهر من المخايل بخلاف
الايمة الثلاثة في ذلك وقد ذكرناه في الكنايات وبينا هناك ضعف
مذهبه فيها وفي الذخيرة لو قضى بكونه فسخا تكلم اصحابنا فيه قيل
ينفذ لانه مروي عن ابن عباس وقيل لا ينفذ وروي رجوع ابن عباس الى
قول الجماعة وتكلم في البيع والشواهد لابن عباس فيما قول بكونه فسخا
كالخلع ام لا قال بعضهم ليس له فيه قول بالفسخ بل هو طلاق بالاتفاق وقيل
قوله في ذلك وفي كل موضع عدم فيه لفظ الطلاق لانه من الكنايات
لافتقاره الى النية وصحت نية الثلاث فيه ولو قال لم انو به الطلاق صدق
ديانة وقضاء ان لم يذكر البدل فان ذكر البدل لم يصدق **قوله** وان
طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق لانه معلق بالقبول ولزمها المال
لانها ملكت التزام المال في ذمتها ولاية على نفسها اذا كانت بالغة
عاقلة والطلاق مما يجوز الاعتياض عنه لان ملك الانتفاع بالبضع حق
متاكد كالقصاص بخلاف حق الشفعة وخيار العتق والشرط والرؤية
والجب والعنة والكفالة ويبطل وفي بطلان الكفالة روايتان لانها
حقوق ضعيفة ويعرف ذلك من الجامع وكان ذلك طلاقا بائنا لما بيناه وما فيه

من المذاهب وقد شاقمر مذهب الظاهرية فانهم جعلوا الخلع طلقة رجعية
وقالوا ان المطلقة الرجعية زوجة فكيف يملك العوض عليها مع بقاء الزوجية
فاذا ملك الزوج العوض ملكت هي نفسها تحقيقا للمساواة ولان المعاوضة
تقتضي سلامة بازاء سلامة وقد سلم العوض للزوج فيسلم المعوض لها
واذا بطل العوض في الخلع او البيع مثل ان تخالع المسلمة على خمر او خنزير
او ميتة او دم او حر فلا شيء للزوج والفرقة طلقة باينة واذا بطل
العوض في الطلاق كان الواقع رجعيا والفرق ان العامل في الخلع كناية
وهي باين وفي الثاني صريح الطلاق وهو يعقب الرجعية ولو قال بعتك
طلاقك بذلك يقع رجعيا ولو قال بعتك نفسك يقع باينا وفي المغني
اذا خالعها على خمر او خنزير او ميتة او دم او حر فهو كالخلع بغير
عوض لا يلزمها شيء عند الايمة الثلاثة واصحابهم ويقع به عند مالك
واحمد رجعيا وعند زفر يرد مهرها وعند الشافعي يجب مهر المثل واعتبره
بالنكاح قلنا خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم فاذا رضي
الزوج بالبين بمال ولا متقوم كان راضيا بسقوطه مجانا بخلاف النكاح
فان البضع عند الدخول في ملك الزوج متقوم وبه لا على الغرض بين
الحالين انه لو تزوجها ولم يذكر عوضا يجب مهر المثل وكذا مع نفيه
ولو خالعها ولم يذكرا عوضا وقد نوى الطلاق لا يجب شيء بخلاف ما لو خالعها
على خل بعينه فظهر خمرا او عبد بعينه فظهر حرا ان علم الزوج بكونه
خمرا او بكونه حرا فلا شيء له وان لم يعلم ان ذلك عليه مهرها عند ابي حنيفة
في الخمر والحر وعندهما في الخمر يجب مثل وزنها خلا وفي الحر محمد مع ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاخر يجب قيمته لو كان عبدا وعند
احمد بن حنبل وابي ثور قيمتها وعند الشافعي يجب مهر المثل بخلاف
ما لو اعتق او كاتب على خمر ونحوها حيث يجب قيمة العبد لان ملك
المولى في العبد مال متقوم وما رضي بزواله مجانا ولهذا لا يجوز
اشتراط بدل العتق على الاجنبي كالبيع ويعتق مجانا بخلاف الطلاق
والفقه فيه ان البضع شريف فلا يجوز تمليكه الا بعوض حتى لا يستهان
والطلاق اخراج البضع عن الاستهانة واسقاط الملك فكان نفسه
شرفا فلا حاجة الى ايجاب المال فيه الا اذا ارتضيا على مال وفي الجواهر
لو خالعها على حرام وحلال صح مثل خمر ومال ولا يجب للزوج غير المال

وهو

وهو قياس قول اصحابنا وابن حنبل وقياس قول الشافعي يجب مهر المثل
وفي جوامع الفقه لو خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء لانه مال
لا يستحقه بحال ولا بد من القبول لوقوع الطلاق كخلع المانة والصغيرة
ولو خالعها على براءتها من دين لها عليه غير المهر او على براءتها من كفالة
نفس او على تاخير دين لها عليه صحت البراءة والتاخير الى اجل معلوم
ويكون الطلاق رجعيا ويصح التاجيل في بدل الخلع الى اجل مجهول
جهالة مستدركة نحو الحصاد والدياس والى العطاء وهبوب الريح
لا يجوز وكذا الى الميسرة لا يصح التاجيل وفي المحيط يجب المال حالا وفي
جهالة البدل تفسد التسمية وهو قول ابن حنبل وقال ابو ثور تفسد
بالجهالة وهو ابو بكر من الحنابلة وقال الشافعي يجب مهر المثل كالنكاح
ولنا انه اسقاط ولهذا يجوز تعليقه بالشرط وخلوه عن العوض
فكذا بالمجهول فصار كالوصية والاقرار فلا تمنع الجهالة المستدركة
وتدخله المسامحة ولا يجوز ايجاب مهر مثل لانها لم ترض به ولان خروج
البضع من ملكه غير متقوم بدليل ما لو اخرجته من ملكه بردتها
او ارضاع من يفسد به نكاحها او قبلت نفسها او قبلها اجنبي لم
يجب للزوج عوض عن بضعها ولو وطيت بشبهة يجب المهر لها دون
الزوج فثبت انه لم يكن له في البضع ملك يزول بالخلع فلا يصار الى مهر
المثل ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح بدلا
للمتقوم اولا ان يصلح بدلا لغير المتقوم وهذا اجماع اذا كان المسمى معلوما
وفي تحمل الجهالة هو كالنكاح وكل ما جاز في النكاح جاز في الخلع على ما في
وكذا ما لا يجوز ان يكون مهرا في النكاح كالدرهم والنصف لعدم ورود
الشرع فيه كالتقدير بخلاف النكاح **قوله** فان قالت خالعني على ما
في يدي وكذا على ما في بيتي ولم يكن في يدها شيء ولا في بيتها فلا شيء له ويقع
الطلاق اذا خالعها على ذلك وبه قال مالك وابن حنبل وفي البسيط ان
وقع الخلع بدون ذكر المال قيل يجب المال لانه معروف فيه كالمشروط
وفي المنهاج وهو مهر المثل في الاظهر وقيل لا يجب المال بخلاف النكاح
فاذا قلنا لا يجب هل يفتقر الى القبول قيل يفتقر لان المخالعة مفاعلة
كالمقابلة والمضاربة فلا بد منه والخلع قد يتعقب على القبول كخلع
السفيهة والصغيرة على مال قال امام الحرمين هذا احسن في المخالعة

وفي خلعتك ينبغي ان لا يفتقر الى القبول وقيل يفتقر وهو الراجح عندي مثل
فارقتك وتاركتك قلت هذا قول اصحابنا وان نوى المال فوجهان احدهما
يصير كذكره فيقع باينا والثاني لا اثر له فانه على هذا لا يقع لعدم المال
ونية الطلاق مقيدة به وقيل يقع وتلغو انية المال ويبقى نية اصل
الطلاق فيقع رجعيا قال ودعوى الفسخ ضعيفة مع جريانه مع الاجنبي
والفسخ يكون بين المتعاقدين والاجنبي لا يكون ركنا فيه وفي النهاية قطع
الشافعي بصحة خلع الاجنبي وزعموا ان تفريعه على الطلاق قال امام
الحرمين هو الصحيح ويبطل دعوى الفسخ بعدم رد العوض كالفسخ في ساير
العقود قال وكيف يرد الفسخ على ايجاب مال مبتدا على المراة وفي الوسيط
اذا قال خالعتك على ما في كفك صح الخلع ان صححنا بيع الغايب ونزل على ما
في كفها وان لم يصح فسد العوض ووجب الرجوع الى مهر المثل قال الغزالي
وقال ابو حنيفة رضي الله عنه ان لم يكن في كفها شي نزل على ثلاثة دراهم
ولعله يقول معناه ما في كفك المقبوض من عقود الحساب وليس فيها
الا ثلاثه اذ لا معنى لقبض الابهام والسبابة في الحساب ثم يرى تنزيله
على النقد اولا من النقود على الادنى وهو الدراهم والوجه تنفيذه رجعيا
ان ما ذكره وان تكلفنا له خيالا فهو تعسف ظاهر قلت مذهب ابي حنيفة
واصحابه انها لا يلزمه شي البتة من غير خلاف كما ذكره صاحب الكتاب ونقله
عنه غلط قبيح وتعليله وهم وخيال باطل مبني على الخطا في الحكم والمجازفة
فيه وانما يلزمها ثلاثة دراهم فيما اذا كان جمعا وكان من الدراهم وهي
المسلة التي يليها على ما يذكر وهذا المسكين كثير التخليط والخطا فيما
ينقله لا سيما في مذهبنا واخطا فيها في ثلاثة مواضع في نقل الحكم ووضع
علة الحكم على الغلط وجعل الواقع به رجعيا لان الخلع كناية والواقع
به باين عندنا وكم من عايب قولا صحيحا وافته من الفهم السقيم وكان قد
اتفق ثلاث ماية مفت على اباحة دمه في ايام السلطان محمود وافتوا
بقتله من اجل امتناعه من مذاهب الحكما فقال السلطان انا رجل عامي لا اعرف
هذا الامر ان وجب قتله اقتلوه وهم حنفية وكان قد يغضب على امامهم
فخلصه منهم الا رضا بذي من الحنفية ثم صنف احيا علوم الدين فذكر
فيه مناقب الامام ابي حنيفة رضي الله عنه واطنب في مدحه والثنا
عليه بالعلم والعبادة والزهد والورع بما لا يتفق لغيره وذكر ابن

عطيه

عطيه في تفسيره في سورة التكوير وذهب قوم من الملحدين كالغزالي الى ان
الشمس نفس ابن ادم والنجوم عيناه وحواسه والعشار ساقاه وذلك
عند موته وكفروه بامور منها قوله ليس في الممكن ابدع من هذا العالم
ووجه قول عامة العلما انها لا تغص بذكر المال فلا يلزمها مهر المثل
ولا غيره لان وقوع الطلاق لا يفتقر الى المال الا بالالتزام الصحيح وان لم
يوجد وان قال خالعني على ما في يدي من المال او في بيتي من المتاع ولم يكن
في يدها ولا في بيتها شي ردت عليه مهرها وفي الاجناس ترد ما قبضت
من المسمى ومثله في المحيط وفيه لو خالعها على ما في يدها من شي او في بيتها
من شي فلها ما فيهما وان لم يكن فيهما شي فلا شي له لانها لم تغص بتسمية
المال وفي قاضيخان لو قال لها اخلعي نفسك بمال او بما شيت فقالت
اختلعت لا يقع الطلاق لانه يصير مستزيدا مستنقصا وهو محال
وان قال بالف فقالت اختلعت ذكر في الوكالة انه يقع وفي الطلاق
انه لا يتم لان التقدير لا يمنع الزيادة وان قال اخلعي نفسك ولم يذكر
مالا ذكر خواهر زاده انه يقع طلقة باينة وفي المنتقى لا يصح ولا يكون
خلعا الا بمال الا ان ينوي الزوج الطلاق بغير مال وكذا لو قال
لغيرها اخلع امراتي فليس له ان يخلعها الا بمال وذكر محمد بن سماعة عن
محمد انه يكون طلاقا باينا بغير مال وبه اخذ اكثر المشايخ وفي الذخيرة
لو امر امراته بالخلع فهو على اربعة اوجه الاول ان يقول اخلعي نفسك
بالف او على الف ففعلت ولم يقل الزوج بعده خلعتك ففيه روايتان
عن اصحابنا والمختار انه يتم بنا على ان الواحد يتولى الخلع اذا كان البدل
مقدرا وهو المختار والوجه الثاني ان يقول لها اخلعي نفسك بمال او بما
شيت فقالت خلعت نفسي على كذا ففي ظاهر الرواية عن اصحابنا لا يتم
بقولها وفي رواية ابن سماعة يتم وبها اخذ بعض المشايخ بنا على ان
الواحد يتولى طرفيه اذا لم يكن البدل مذكورا وفي ظاهر الرواية لا
يتولى اما لو قال لها اخلعي نفسك بغير بدل فقالت خلعت يتم الخلع
لانه طلاق باين واما لو قال اخلعي نفسك ولم يزد فقد ذكر شيخ الاسلام
في شرحه انه يتم بقولها خلعت كالذي قبله وعن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن
الفضل اختلفت الروايات عن محمد بمنزلة قوله اخلعي نفسك بمال وعن
ابي حنيفة هو بمنزلة قوله بغير شي وما ذكره شيخ الاسلام هو المذكور عن

ابي حنيفة وعلى ما ذكره الفضلي يشكل بما لو قال لغيره اخلع امراتي فخلعها
بغير عوض لا يصح ولم يجعله بمنزلة طلق امراتي بائنا والفرق بينها وبين
الاجنبي ان العوض اذا لم يذكر يتعذر حمله على التوكيل في حقها لانها تصير
مستزيدة مستنقصة فجعل مجازا عن الطلاق بغير عوض وفي حق الاجنبي
يصح التوكيل اذ العقد لا يتم به وحده بل به وبالمراة فلم يكن الواحد
مستزيدا مستنقصا فلم يجعل مجازا عن الطلاق ثم على رواية ابن سماعة
لو قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعتها بالف لا يتم ما لم يقبل الزوج
لانه فوض اليها التنجيز وقد اتت بالتعليق لانه تعليق بالقبول على
المال وعلى هذا الوكيل بالطلاق اذ الخلع لا يقع عند البعض وان كان
قبل الدخول لانه فوض اليه التنجيز دون التعليق فاختلف جنس التصرف
وفي جوامع الفقه لو قال بعتك نفسك بكذا فقبلت كان خلعا ولو لم
يذكر البدل ففي رواية هشام وابن سماعة عن محمد كذلك وعن الكرخي وابي
القاسم انه ليس بخلع وذكر في موضع اخر انه يقع الطلاق البائن ولا يبرا
الزوج عن المهر وعن ابن سلام يبرا الزوج وهو اختيار الشهيد حسام الدين
في الفتاوى وفي الفتاوى ان نوى الطلاق يقع ولا يبرا الزوج من المهر وان
قال اخلعي نفسك بكذا اينوقف على قبولها هكذا في الاصل وفي غيره عن محمد
يتم بغير شي وكذا لو قالت اخلعني بمال وفي الفتاوى اشتري نفسك مني
ولم يذكر مالا فقالت اشتريت لا يصح بخلاف قوله اخلعي نفسك مني ولم
يذكر فقالت اختلعت ولو قالت اخلعني بكذا فقال طلقتك فهو جواب
وقيل ابتدا ولو قال في جوابها طلقتك بالسنة فهو ابتدا بالاخلاف
ولو قال خلعتك بكذا فقالت نعم فليس بشي كانها قالت نعم خلعتني
ولو قالت رضيت او اجزت صح وكذا لو قالت طلقني بكذا فقال نعم
يقع كانه قال نعم انت طالق بالف وكذا من الزوج ولا تصح الزيادة في بدل
الخلع كبدل الدم ولو كانت وهبت له مهرها ثم خلعها على مهرها ان ظن
لها عليه مهرا يجب عليها ان ترد مثل مهرها لا مهر مثلها وان كان يعلم
فلا شي له وان قال على مهرك في ذمتي وليس في ذمته شي ردت عليه ما قبضته
من المهر وعلى متاع في البيت وليس فيه شي ردت ما اخذت وان وجد في
البيت شي فله ذلك لا غير وليس له على المراة من لباسها وسوارها وحليها
وفي المغني عليها ما يقع عليه اسم المتاع وقال القاضي من الحنابلة ردت

عليه

عليه مهرها كقولنا وان قالت خالعني على ما في يدي من المال ولم يكن في يدها شي
ردت عليه مهرها المقبوض وعند الشافعي يجب عليها مهر المثل وعند
ابن حنبل يجب عليها ما يطلق عليه اسم المال قلنا لما سمت مالا لم يكن الزوج
راضيا بزوال ملكه مجانا ولا وجه الى ايجاب المال او قيمته للجهالة ولا الى
قيمة البضع وهو مهر المثل لانه غير متقوم على ما مر وكهذا لو ارتدت
قبل الدخول او ارضعت من يفسد به نكاحها او قتلت نفسها او قتلها
اجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ولو وطيت بشبهة فالمهر لها دون
الزوج فلا يجوز ايجاب مهر المثل عليها لانها لم تفوت عليه ما له قيمة
بخلاف النكاح عند عدم التسمية او تسمية ما ليس بمال لان البضع متقوم
عند الدخول ولا يجوز اخلاوه عن المال ولان ايجاب مهر المثل على المراة لم
يعهد في الشرع فلا يصار اليه ولان معرفة مهر المثل عسرة جدا وايجاب
ما يقوم البضع عليه سهل متيسر فكان اولى بخلاف الاقرار بالمال لانه ليس
اصلي يصار اليه بخلاف الخلع قلت ايجاب رد المهر الذي كان بدلا للمتقوم
لغير المتقوم بعيد لا سيما اذا كان بغير شرط فينبغي ان يجب عليه ما يصدق
عليه اسم المال واقله درهم لما عرف في الاقرار فكان مذهب ابن حنبل اوجه في
ذلك من بقية المذاهب قوله ولو قالت خالعني على ما في يدي من الدراهم
او من دراهم ففعل ولم يكن في يدها شي يعني من جنس الدراهم فعليها ثلاثة دراهم
وبه قال مالك وابن حنبل وقال الشافعي يجب عليها مهر المثل وفي جوامع الفقه
ردت عليه مهرها وفيه ذكر في الاصل انه يجب عليها ثلاثة دراهم قال وتاويل
ما تقدم انها لم تقل من الدراهم ولكن قالت على ما في يدي من المال فان كان
في يدها ثلاثة دراهم او اكثر فهي له وان كان اقل يكمل ثلاثة دراهم ولو خالعها
على دراهم فعليها ثلاثة دراهم لانها اقل الجمع وفي الزيادة شك وفي الحواشي
الاصل ان الكلام اذا لم يصح بدون كلمة من كانت كلمة من صلة لتصحيح الكلام
اي زيادة ومتى صح بدونها كانت للتبعيض كقوله ان كان في يدي دراهم او
دنانير فعبده حر فاذا قال من دراهم او من دنانير كانت للتبعيض لان الكلام
يصح بدونها وفي مسالة الكتاب لا يصح بدون من ثم قال فان قيل ينبغي ان يجب
عليها درهم واحد لان الجمع اذا دخله لام التعريف يصير للجنس كما لو حلف لا
يتزوج النسا او لا يشتري العبيد فانه يحنث بالواحدة والواحد ثم اجاب
بجواب فاسد فقال انما يصار الى الجنس اذا امكن العمل بالجنس وهنا لا يمكن العمل

به بالاضافة الى ما في يدها لان كل الجنس من الدراهم لا يكون في يدها فاذا الغا
حرف التعريف هنا فلا بد من اعتبار صيغة الجمع انتهى كلام صاحب المواشي
قلت لام التعريف اذا دخلت على الجمع وتعذر حمله على استغراق الجنس وكل الجنس
كما ذكر لا يلغو بالاجماع بل يحمل على اقل الجنس وهو الواحد والتعذر حقيقي كما
في قوله لا يتزوج النسا او لا اشتري العبيد فان تزوج جميع النسا وشرا
جميع العبيد متعذر قطعا كما ان جميع الدراهم لا يكون في يدها وشرعي
كما لو قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق فانه يحمل على اقل الجنس وهو
الواحد لان ارسال الثلاث جملة حرام وقد عرف هذا من الجامع ومنهم من
قال انما يصرف لام التعريف الى الجنس اذا لم يكن ثمة معهود وهنا معهود
وهو ما في يدي اولان التعريف انما يبطل معنى الجمعية اذا كان المقصود ما
دخل عليه لام التعريف اما اذا كان تفسير الغير لا يبطله لا سيما عند
العموم وهو كلمة ما قلت اللام الداخلة على الجمع روعي فيه الجنس في قوله
لا اتزوج النسا ولا اشتري العبيد ولا اكلم الناس فيحنث بالواحد ولم يراع فيه
اقل الجمع وهو الثلاثه وفي قوله لا اكلمه الايام او الشهور او السنين او
الاعياد اعتبر ابو حنيفة عشرة من كل جمع وفي مسلة الكتاب اعتبر اقل الجمع وهو
الثلاثه والضابط في ذلك ان الاعتبار اولا للعهد اذا كان هناك معهود
ثم للجنس عند عدمه هذا اذا كانت اللام معرفة مفيدة وان كانت زايدة غير
مفيدة فدخولها كعدمها فنقول في قوله لا اكلمه الايام واخواتها هذه
الصيغة معهودة في العشرة لان ما زاد على العشرة لا يسمى اياما ولا شهورا
بل يقال احد عشر يوما وشهرا وعهدها بذلك فيما يعد عادة وفي قوله لا
اتزوج النسا ولا اشتري العبيد لم يوجد معهود فانه لم يعهد تزوج النسا
ولا شرا العبيد بالعدد فحمل على الجنس عند عدم المعهود وفي قولها خالعني
على ما في يدي من الدراهم لم تكن اللام معرفة بل هي زايدة كقول الشاعر
بابعدام العمرو من اسيرها ؞ حراس ابواب على قصورها
بيانه ان ما موصوله وفي يدي صلتها ومن الدراهم معمول الصلة وحكمه
حكم الصلة والموصول معرفة بصلتها وضع لوصف المعارف بالجمل
ولهذا يشترط ان تكون الصلة معروفة عند المخاطب فيستوي فيه
التعريف وعدمه كما لو قال لا اكلمه حينا او الحين او زمانا او الزمان وكلمة
من للتمييز كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان اي الرجس الذي هو

الوثن او الاوثان وياتي ذلك في الايمان ان شا الله تعالى وذكر ابن الصباغ من الشافعية
في الشامل ان اللام اذا دخلت الجموع يجعلها للجنس كقولنا لكن اشتراطهم الثلاثه
من كل صنف في الزكاة الا العاملين عليها يخالف ما ذكر ابن الصباغ يدل على الجنسية
قولهم لا نتعلم العلما ولا تكرم الجهال ولا تود الذميين فان ذلك يتناول الواحد
فصاعدا ولا يشترط فيه الجمع بالاجماع وفي الجامع قال ان كان في يدي من الدراهم
الا ثلاثه دراهم وفي يده اربعة حنث في يمينه وجعل غير المستثنى بعض الدراهم
لا دراهم بخلاف الخلع والوضع ان كان بغيرهما فالفرق ظاهر لانه لم يتقدم عموم
ما فكانت من للتبعيض فان الوضع ما وهم توجد في بعض نسخ الوجيز فالفرق ان
التمييز قد حصل بالمستثنى لانه من جنس المستثنى منه فلا حاجة فيه الى
التمييز فكانت من للتبعيض فيهما بخلاف مسلة الخلع وبخلاف ما لو اعتق عبده على
ما في يده من الدراهم ولم يكن في يد العبد شي ولا في يد الزوج شي يجب على العبد
قيمة نفسه وعلى الزوج مهر مثلها لان الموجب في ذلك قيمة العبد ومهر
مثلها فيصار اليهما بجهالة التسمية كما لو اعتق او تزوج على خمر او خنزير
ولهذا لا يجوز اشتراط بدلهما على الاجنبي بخلاف الخلع والصلح عن دم العمد
على ما عرف **قوله** وان اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه او اباقه
لم تبرا وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه يقتضي سلامة
بازا سلامة وقد سلمت نفسها له فيسلم العوض له وفي الجامع اشتراط
الامانه في موضع الضمان باطل كاشتراط الضمان في موضع الامانه فاذا كان
شرطا باطلا كان لغوا والخلع والتبرعات لا تبطل بالشروط الفاسدة على
ما ياتي في البيوع ان شا الله تعالى وعند الشافعي يجب في الابق مهر المثل وعند
مالك لا ضمان عليها **قوله** عقد معاوضة يعني من جانبها واذا قالت طلقني
ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف وبه يقول الشافعي لان العوض ينقسم
على المعوض والبا تصحب الاعواض عند الكل والطلاق باين لوجوب البدل وعند
مالك تقع بلا الف وعند ابن حنبل بغير شي وان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها
واحدة فلا شي عليها عند ابي حنيفة والواقع به رجعي وهو قول ابن حنبل
كقوله في الباء وقول مالك لا تنعدم وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي بمنزلة البا
وبوزع وقال الغزالي في البسيط قال ابو حنيفة لا يوزع وهو للشرط وذلك
خيال لانها تستعمل العوض ايضا انتهى كلامه قال انما لم يوزعه ابو حنيفة رضي الله
عنه لانه راها دايرة بين الشرط والعوض فلم يتمحض للعوض واجزا المشروط لا

توزع على اجزا الشرط والدليل على ان كلمة على تستعمل في الشرط قولك ازورك
على ان تزورني واكرمك على ان تكرمني قال الله تعالى على ان لا اقول على الله الا الحق
وقال يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيا الاية وقوله على ان تاجرني ثماني حجج
وقوله فهل نجعل لك خرجا على ان تجعل بيننا وبينهم سدا وقوله هل اتبعك على
ان تعلمني الاية وذلك كثير في الاستعمال واذا احتمل واحتمل لا يتوزع ولا ينقسم
لاجل صيغة الشرط وانما قال ذلك الغزالي لقصور فهمه وتركه الادب معه
حماقة منه وقد قال امامه الشافعي عيال على ابي حنيفة في الفقه ولعل ذلك
بالتواتر عن الشافعي ومما ذكره هذا عن الشافعي ابو اسحق في الطبقات وهو
شافعي المذهب وفي الكتاب ولهذا لو قالت انت طالق على ان تدخل الدار يتعلق
للشرط ووجه استعارتها للشرط انها للزوم وبين الشرط والجزا لزوم
واذا لم يتوزع كان كلاما مبتدا فتقع واحدة رجعية لان الوقوع بصريح الطلاق
وفي المسلة الاولى لما قالت طلقني ثلاثا بالف كانها قالت كل واحدة بثلث
الالف كما لو قال من رد عبيدي الثلاثة فله الف فرد انسان احدهم يستحق
الثلث للانقسام ذكره في المغني وفي المبسوط لو قال لك علي الف ولو قال
بالف لا يلزمه شي فلم تكن الباء بمنزلة على ووجه قولهما انه لا فرق بين ذلك
بين قولك احمل هذا الطعام بكذا او على كذا ثم اجاب صاحب الكتاب بان الباء
للعوض ولم يتعرض الى كلمة على والجواب ان معنى الشرط ساقط هناك ولهذا
لا يشترط المجلس فيه وهنا يشترط في جانبها حتى لو قامت قبل ايقاعه لا يلزمها
شي لو اراد الزوج الرجوع عنه او قام من المجلس بعد ايجاب الطلاق لا يصح
وكذا لو منعها من القبول فليس له ذلك وفي قاضيخان على ان لها الف قال حمله
على الشرط متعذر لان التزام المال وتمليكه لا يقبل التعليق بالشرط فصار
كما لو قال بعتك على كذا او قال اجرتك على كذا ولهذا لو خاطبته امراتان
بطلاقهما على الف فطلق احداهما يقع بنصف الالف اذا كان مهر مثلهما
على السوا وفي الذخيرة الاصح انه لا يجب عليها شي على قوله وان طلق احداهما
فلا رواية في هذه الصورة ولقايل ان يقول لا يلزمها شي ما لم يطلقهما
جملة وعلله في العرق انه يقال بعتك على ان بالخيار ولا يقال بعتك بان
بالخيار ومن هذا ممنوع والبيع بالخيار جايز مستعمل وتعليق بدل الطلاق
بالشرط جايز تبعا للطلاق ولهذا احتمل الجهالة في بدل الخلع دون البيع
والاجارة ولهذا افرق في السير الكبير بين الباء وعلى فقال رجل امنوني على

ثلاث

ثلاث سنين بالف دينار ثم بدا للامام ان ينبذ الامان بعد سنة رد عليهم
ثلثي الدنانير ولو امنهم على الف دينار يرد عليهم الكل للشرط وتعذر
العمل بالشرط في الصورتين ان لا فايدة فيه ومما لا يفيد من الشرط يلغو
وهناك لا فايدة لكل واحدة في طلاقهما وطلاق ضرتها بل فايدتها في طلاق
ضرتها حسب فجعل مجازا عن الباء لتعذر الشرط واجابوا عن الاول بانه
ليس عقد معاوضة وان قالت طلقني ثلاثا على الف ولم يبق من طلاقها الا
واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف ذكره في الذخيرة لانها التزمته
بازاء الحرمة الغليظة وهو المنصوص للشافعي وقد بذلته بازاء البينونة
الكبرى وغيره العبارة واختار المزني التوزيع واوقعها بثلث الالف
وقال ابو اسحق المروزي ان كانت عالمة فكما قال الشافعي والا يتوزع وهو
اختيار ابن شريح ذكره في المغني وعند الحنابلة كقول المزني وفي المزنيات
قالت انت طالق ان بعتنا الف فقبلت طلقت ثلاثا بالف وان قبلت الثلاث بالف
لم يقع وفي البسيط قالت طلقني عشرا بالف ان طلقها ثلاثا استحق الالف
بمقتضى النص وكذا ان حصلت البينونة الكبرى بالواحدة وان طلقها
واحده ولم يحصل لها البينونة الكبرى استحق عشر الالف توزيعا على
المسول وباثنتين خمس البدل وان طلقها ثلاثا فالمشهور من مذهبنا
التوزيع وعند التوزيع في العدد المشروع فيرد الى الثلث وفي
الجواهر قالت طلقني عشرا بالف فطلقها واحدة استحق الالف
قوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقت
نفسها واحدة لم يقع شي الا ان الزوج ما رضي بالبينونة الغليظة الا
بالالف كله ولو توزع في الباء لم يسلم له الا الف ولا يقع شي للمخالفة بخلاف
قولها طلقني نفسك بالف لانها اذا رضيت بان تملك نفسها بالف كانت
ببعضه ارضى وبه قال الشافعي وابن حنبل وفي الذخيرة لو قالت طلقني
واحدة بالف فقال انت طالق ثلاثا ولم يقل بالف وقع الثلاث بغير شي عند
ابي حنيفة وعندهما يصلح جوابا في المطلوب وان قال بالف توقف على
قبولها عنده وعندهما يقع الثلاث احداها بالف وحكى ابو الحسن عن
ابي يوسف انه رجع الى قول ابي حنيفة وروى ابن سماعة عن محمد انه
رجع الى قول ابي حنيفة في هذه المسلة وهكذا ذكره في الجامع عن محمد
وفيه عن ابي يوسف اذا لم تقبل يقع واحده بثلثيه ويكون خطا وجه قوله

ابي حنيفة ومحمد المرجوع اليه انه صح منه مقابلة الالف بالثلاث فلو وقعت
واحدة بثلثه ولا ملكه بغير رضاه ولم يرض بمقابلة الالف بالواحدة
بعد ايجاب الزوج الثلاث به بخلاف ما لو لم يذكر البدل لانه يكون ايقاعا
الملتمس بالف والجواب في قولها طلقني ثلاثا على ان لك على الف نظير قولها
طلقني ثلاثا على الف وفي المغني قالت طلقني واحدة بالف فطلقها واحدة
بالف استحقه وكذا لو قال طلق نفسك بالف فطلقت واحدة وقعت
واستحق العوض بالواحدة ولو قالت طلقني عشرا بالف فطلقها
واحدة او ثنتين لم يقع شيء وان طلقها ثلاثا فقياسه ان يقع بالالف
لحصول البينونة الكبرى وهي المسؤلة وان قال انت طالق ثلاثا بالف
فقالت قبلت وقع الثلاث بالالف وان قالت قبلت بخمسماية لم يقع شيء
وفي البسيط قالت طلقني ثلاثا بالف فقال انت طالق واحدة بالف
وثنتين بغير شيء قالوا يقع واحدة بثلث الالف لانها لم ترض الا ببذل
المقدار فصار كما لو قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة بثلث
الالف صح والزيادة على الثلاث لا يلزمها والطلقتان الاخرتان لا
يقعان لانها مختلعة قال وفيه اشكال ظاهر وهو انه لما قال انت
طالق واحدة بالف لم يكن كلامه جوابا لكلامها وليس كما لو قالت طلقني
ثلاثا بالف فطلقها واحدة بثلث الالف فانه منطبق على كلامها في
البعض وهنا الزوج لم يرض في طلقة الا بالف فكيف يقع بثلثه فجعله
قادحا ولم يذكر له جوابا ولو قالت طلقني واحدة بثلث الالف فقال
طلقتك واحدة بتمام الالف لم ينفذ قال فعلى هذا يجب ان يقع طلقتان
رجعيتان هذا هو القياس الحق وما ذكره الاصحاب فليس له وجه
معقول وعلل لابي حنيفة انها لم تلتمس البينونة الكبرى فاجابها
الى غير جنس ملتمسها فلم يكن جوابا قال للشافعية ناقض بما لو قالت طلقني
ثلاثا بالف فطلقها واحدة واستحق ثلث الالف مع تحقق المخالفة قلت
فيه بعيد قاس وقد ذكر غير مرة ان اجزاء العوض ينقسم على اجزاء
المعوض وسؤال الثلث بالف سؤال بكل طلقة بثلث الالف وسؤال الواحدة
ليس سؤالا للثلث فكان مبتدأ فلا مناقضة ولا مخالفة في ذلك وقد
قال فيه فان كلامه منطبق على كلامها في البعض ولان الزوجة عساها
لا تختار الثلث لانه لا يحل لها بعد ذلك الا بعد زوج اخر بالاستحلال

وقوله

وقوله مع تحقق المخالفة باطل لان المخالفة لو تحققت لم ينفذ ونفاذه
اتفاق منا ومنهم وفي البسيط وان اعاد البدل بان قال انت طالق ثلاثا
بالف يقع الثلاث بالف فلا فرق وهو قول ابن حنبل فيهما وما للدعلي المنصوص
ذكره في الجواهر وقال ان القفال يقع الثلاث بثلث الالف ولهم وجه انه يقع
طلقة واحدة بثلث الالف وان قالت طلقني واحدة بالف فقال طلقتك
واحدة بثلث الالف لا يقع شيء وان حط عنها الثلثين قلت هذا ضعيف
فانه لو قال في جوابها طلقتك واحدة بغير شيء يقع لحط البدل عنها
فكيف احط ثلثي البدل ولا يقال هنا لا يقع رجعيا وهنا لو وقع بحط ثلث
البدل يقع بائنا لانا نقول تعرض المسئلة قبل الدخول وفي سؤال الثلث
بالف ولانها لما رضيت ببذل الالف بالواحدة كانت ببذل ثلثه في الوا
حدة ارضى وتشبثوا بما لا اصل له عندنا وهو البيع وقالوا لو قال بعني
عبدك هذا بالف فقال بعتك بخمسماية لا يصح وهو ممنوع عندنا ولو قالت
طلقني واحدة بالف فقال انت طالق ثنتين بالف فمساق كلامهم يقع ثنتين
بالف قالوا لانه اجاب وزاد ولكن يتجه ان يقال خالف لانه طلقها كل طلقة
بخمسماية وقد سالت الطلقة الواحدة بالف قال فيتجه قول ابي حنيفة
في هذه الصورة قلت قد بينا ضعف كلامهم لانهم جوزوا الزيادة على المسؤل
مع انه خالف السؤال والبدل لاجل الانقسام ولم يجوزوا الحط من البدل
والمخالفة ثابتة في الكل ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها
الالف كقوله بالف ويشترط القبول فيهما للعوض او الشرط والطلاق
بائن فيهما لوجوب المال وفي الذخيرة قال انت طالق على ان تعطيني الفا
فقبلت طلقت كقوله بالف لانه ليس بتعليق على الاعطاء بل هو معلق بقبوله
كقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والمراد به قبولها وفي
المرغيناني قالت خالعني بالف فقال فعلت او قالت اختلعت منك بالف
فقال اجزت كان خلعا قال خلعتك فقالت قبلت يقع بائنا وكذا ان لم يقل
لانه يقع بقول الزوج خلعتك وان قال لم انو الطلاق يقبل الا ان يكونا في
حال مذاكرة فان ذكر المال وقال لم انو الطلاق لا يصدق قضاء ولو قال لاجنبية
انت طالق على الف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها تطلق عند ابي يوسف بالالف
وعند ابي حنيفة لا تطلق ولا يلزمها المال الا بقبولها بعد التزوج وفي
جوامع الفقه القبول بعد التزوج ولم يحك خلافا ومثله في المحيط وقال

ان قبلت قبله لا يقع لانه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده **قوله**
ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك
الف فقبل عتق العبد وطلقت المراة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وكذا لو لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل وان لم يقبل
لا يقع الطلاق ولا العتق وفي المغني لو قال انت طالق وعليك الف وقعت
رجعية ولا شيء عليها لعطف الجملة على الجملة كما لو قال انت طالق وعليك حج
بخلاف ما لو قالت طلقني بالف فقال انت طالق وعليك الف حيث يقع بالف
والاكثر على قولهما وجه ذلك ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة اذ لا فرق
بين قولهم احمل هذا المتاع بدرهم ولك درهم فصار كما لو قالت طلقني ولك الف
او قال العبد اعتقني ولك الف او قال لها ادي الي الفا وانت طالق او قال له
اد الي الفا وانت حر فان الطلاق والعتق لا يقعان الا بالمال وله ان ذلك
جملة مستقلة تامة فلا يرتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل في الجملة
الاستقلال الا ترى انه لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وضربتك
طالق تنجز طلاق ضرتها لاستقلال الجملة بخلاف وعبدي هذا حر فان
حريته تتعلق بالشرط لانها ناقصة من جهة الشرط لان الخبر الاول
لا يصلح للثاني ولا دلالة في الطلاق والعتاق لعدم افتقارهما الى المال
بخلاف البيع والاجارة فصار كما لو قال ادي الي الفا فانت طالق او قال لعبده
اد الي الفا فانت حر فانها تطلق في الحال مجانا وكذا العبد يعتق مجانا قال
شمس الائمة السرخسي في الفرق ان جواب الامر بالواو بمعنى الحال كانه
قال انت حر في حال ادائك فلا يعتق قبله واما الفاء فهي للتعليل كقولهم ابشر
فقد اتاك الغوث وفي السير الكبير لو قال الامام لاهل حصن افتحوا الباب
وانتم امنون لا يامنون ما لم يفتحوا ولو قال فانتم امنون امنوا في الحال فتحوا
او لم يفتحوا وفي المغني ما ذكرنا وقال شيخ الاسلام كلامه خرج جوابا للامر
في الحالين الا ان جواب الامر يذكر بحرف الواو لغة لا بحرف الفاء قلت
جواب الامر يكون بالواو والفاء لكن الفاء ظاهرة في التعليل والواو محتملة في
الجواب لاحتمال التعليل وقول السرخسي جواب الامر بالواو بمعنى الحال
فلا يعتق قبل الاداء فيه نظر فانه لو قال انت طالق وانت مريضة فالواو
واو الحال ظاهرا ومع ذلك يقع الطلاق في الحال ولا يتوقف عليها الا مرضها
الا بالنية فالتعليل الصحيح ان الواو لجواب الامر والامر كالشرط قاله

للخليل

الخليل لما ساله سيبويه فعلى هذا اخرج الجواب من قولهم احمل هذا ولك درهم
فان الواو لجواب الامر هذا افرق اخر لابي حنيفة وذكر محمد المسالة في الماذون
الكبير وفرق بين الواو والفاء كما ذكر في السير الكبير وهكذا ذكر شمس الائمة
السرخسي في المبسوط ولم يذكر في المسالة خلافا وقيل ما ذكر في مثل الواو
قولهما واما على قول ابي حنيفة فينبغي ان يعتق في الحال قبل الاداء وجعلوها
فرعا على مسالة ذكرها في الطلاق وهي ان المراة اذا قالت لزوجها طلقني ولك
الف فطلقها يقع الطلاق بغير شيء عند ابي حنيفة ولم يتعلق بالالف وان
خرج جوابا للامر وقيل ما ذكر في الماذون قولهم وفرق هذا القايل
له بين مسالة الطلاق والعتق فقال المعلق بالاداء في العتق هو الحرية
وذلك جائز وفي مسالة الطلاق المعلق بالتعليق هو استحقاق المال وذلك
لا يجوز فان قيل اليس ان من قالت لزوجها ان طلقتني فلك الف درهم صح
التعليق حتى لا يلزمها شيء بدون التطليق والمعلق به هو المال وقد
صح تعليقه تبعا للطلاق فينبغي ان يصح جوابا للامر تبعا للطلاق قلنا
المال تبع من وجه اصل من وجه من حيث انه عوض ولهذا جوز ابو
حنيفة شرط الخيار من جانبها ولو كان تبعا من كل جنس لم يجز اشتراط
الخيار كالطلاق ولا يجب بدل الطلاق مع الاكراه بالاجماع وهو دليل على
كونه اصلا فاذا ثبت هذا نقول لو قال ان دخلت الدار فلك الف درهم
او ادخل الدار ولك الف درهم فانه لا يتعلق استحقاق المال بالدخول
فيهما وفي التبع يتعلق فيهما واذا كان اصلا من وجه وتبعا من وجه وفرنا
على الشبهتين حظهما فمن حيث انه تبع للطلاق قلنا بتعليقه بصريح
الشرط لانه اعدام للمشروط قبل وجوده ومن حيث انه اصل قلنا
بعدم تعلقه في جواب الامر لانه ارسال في اللفظ وزان مسالة الطلاق
من مسالة العتق ان يقول الزوج ادي الي الفا وانت طالق يتعلق الطلاق فيه
باداء الالف لانه جواب الامر وقد تقدمت المسالة والطلاق يصح تعليقه
بالشرط ووزان مسالة العتق من الطلاق ان يقول العبد لسيده اعتقني
ولك الف درهم فهنا لا يصح التعليق عند ابي حنيفة ذكره للكل في الذخيرة
بخلاف قوله خذ هذا المال واعمل به مضاربة بالكوفة لا يجعلها الا للتنفذ ر
ولا جوابا للامر لان الامر الثاني لا يكون مسببا عن الاول فكان للعطف والمشهور ة
وفيه ايضا من جنس ما تقدم اول الباب ان المراة لو سالت زوجها ان يخلعها

فهو على أربعة أوجه الوجه الأول أن تقول اخلعني من نفسك بألف أو على
ألف فإن خلعها على ذلك تم بقوله ولا يحتاج إلى قول المرأة اختلعت أو
قبلت وهو المختار ويصير الزوج وكيلا عنها بالاختلاع والوجه الثاني
أن تقول بمال أو على مال ففي هذا الوجه لا يقع بمجرد قول الزوج ما لم تقل
المرأة قبلت في ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة يتم وعن محمد في قولهم
لا يتم لا يجب بدل الخلع عليها وهل يقع الطلاق اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم يقع وبه أخذ ظهير الدين المرغيناني وقال بعضهم لا يقع
وهو الأظهر والأشبه والوجه الثالث أن تقول اخلعني بغير مال وفيه
يقع الطلاق والوجه الرابع أن تقول اخلعني ولم تزد قال شيخ الإسلام
يقع بقوله وعلى قياس ما حكي عن الفضلي يجب أن يكون فيه روايتان على
قياس أمر الزوج وقد ذكرناه قبل هذا وفي جوامع الفقه الوجه الخامس
أن خلعها على ما تلد غنمها أو حمل جاريتها أو على ما تثمر نخيلها أو
على شرب أو كلأ أو مرعى أو باقل ما تتزوج به أو تزوج امرأة بمهرها
عنه لم تصح التسمية وردت عليه مهرها وفي المحيط أو على ما تكتسب
العام أو ترثه من المال والوجه السادس أن خلعها على ما تثمر نخيلها
العام فإن أثمرت فله ذلك وإن لم تثمر فلا شيء له في قول أبي يوسف الأول
ثم رجع فقال يلزمها رد مهرها وهو قول محمد أثمرت أو لم تثمر لأنه
معدوم للحال فلم يتصور تمليكه وعلى ما تلد أغنامها العام أو جاريتها
العام وجب عليها رد مهرها وجد ذلك أو لا ذكره في جوامع الفقه
ولم يذكر خلافا وعلى ما في بطن جاريتها أو غنمها أو ما على نخلها صح
وله ذلك وإن لم يكن فلا وبه قال مالك والقاضي وعند الشافعي يجب مهر
المثل وبه قال ابن عقيل لأنها لم تسم مالا ولا يجوز أن يكون رقها أو ما تحويه
البطن وما حدث بعده في بطونها فللمرأة لأنه يتناول الموجود
لا المعدوم بخلاف الخلع على حمل جاريتها إذا لم يكن لها حمل حيث ترد
حملها عليه لأن الحمل مال وقد غرته بذكر المال ولو وجد العبد المخالع
عليه نصرانيا لا يرجع بشيء قيل هذا في عرف التجار في زمانهم أنهم يعدون
هذا عيبا يسيرا وفي زماننا عيب فاحش يرد به ولو مات في يدها أو
استحقت يجب قيمته لأنه لا ينفسخ بذلك بخلاف البيع والسابع أن خلعها
على ما في نخيلها من الثمر أو على ما في بطون ولدها من الغنم غنمها من الولد

أو ضرعها من اللبن إن وجد شيء من ذلك فهو له وإن لم يوجد ردت عليه
مهرها الذي قبضته ذكره في جوامع الفقه وقد ذكرنا جملة من هذا
الجنس قبله ولو خالعها على خادم أو جارية يجب الوسط أو القيمة
كالنكاح ولو خالعها على وصف بلفظ الجمع فهو على ثلاثة أوساط وبه
قال القاضي من الحنابلة وعند مالك وابن حنبل يجب ثلاثة من الأدون
وعلى حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي وحكمها يلزم لو لا بينها على نفسها
وفي المغني إن خالعها على ما تثمر نخيلها حولا أو عامين جاز فإن لم تثمر
نخيلها ترضيه بشيء وحمله القاضي منهم على الاستحباب لعدم التقدير وفي
الجواهر لو خالعها على جنين في البطن أو ثمرة لم يبد صلاحها فالنفقة
عليها إلى خروج الجنين وليس للمرأة أن تجبر الزوج على أخذ الثمرة
لأنه دخل على بقائها وقيل سقي الثمرة على الزوج وفي المغني قال
أنت طالق ثنتين إحداهما بألف وقعت واحدة في الحال بغير شيء والأخرى
بقبولها بألف للعوض ولو قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت
واحدة بألف وقع الثلاث بألف وإن قالت قبلت بألفين وقع ولم
تلزمها إلا الألف ولو قال إن أعطيتني ألفا فأنت طالق فأعطته ألفين
طلقت وكذا لو قال قبلت بألفين ذكره في الجواهر عن مالك وهو
مذهبنا وفي البسيط قال أنت طالق على ألف فقالت على ألفين
يفسد القبول ولا يقع الطلاق بخلاف إن أديت إلي ألفا فأدت
ألفين لوجود الأداء المحقق ولم يشترط الموافقة فيه ولو قال
طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا وقعت بالألف على المنصوص ولو
شرط في الخلع الرجعة ففيه روايتان عن مالك لتعارض البدل
والشرط وعندنا يبطل الرجعة كما لو قال أنت علي حرام على أن لي الرجعة
وهو رواية ابن حامد عن ابن حنبل ويحتمل أن يبطل الخلع وتصح الرجعة
وهو منصوص الشافعي وعندنا الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة
كأصل الطلاق بخلاف البيع والإجارة ونحوهما من معاوضة المال بالمال
وفي البسيط شرط في الخلع الرجعة تفسد العوض وتثبت البينونة
وهو قول أبي حنيفة واختاره المزني وهو الذي نقله الربيع ولم
يصح غيره وهو القياس الواضح ويرجع الزوج إلى مهر المثل قلت عند
أبي حنيفة تبطل الرجعة ولا يفسد العوض لأن الأصل في الخلع الطلاق

وبصح خلع المطلقة الرجعية وهو اصح القولين عند الشافعي لقيام النكاح
والثاني المنع لتنجيز التحريم قلت يبطل بايقاع الثالثة فان لم يصح الخلع
وقبلت وقع رجعيا كالسفيهة والصغيرة وذكر ابو علي وجها انه يصح
اختلاعها بالثالثة دون الثانية ولو قال طلقتك على الف او قال انت
طالق على الف فقالت قبلت كفى وان لم يقل على الف وفي قوله اذا اديت
الي الفا لا يشترط فيه القبول ويكفي وضعه بين يديه على المذهب الا
ان يقول ان قبضت الفا ولو خالعها على الف الى الحصاد او الى الدياس
فالبينونة حاصلة ويرجع الى مهر المثل لفساد العوض قال وقال
ابو حنيفة العوض صحيح والاجل ساقط قلت نقله عند باطل اجل
عنده الى اجله ولا يسقط **قوله** ولو قال انت طالق على الف بالخيار
او على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للرجل وهو
جائز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت
ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي واحمد رضي الله عنهم يصح الخلع ويبطل الخيار في
الوجهين واتفقوا على ان الابتداء لو كان من جانبها كان لها ان ترجع
عنه قبل قوله ويبطل بقيامها وبقيامه ايضا ولا يقتصر على ما وراء
المجلس لو كان غايبا ولا يتعلق بشرط ولا يضاف الى وقت لانه معاوضة
من جانبها فاعتبر ابو حنيفة فيه احكام المعاوضة فجوز خيار الشرط
فيه والمدرك فيه هل الخيار للفسخ بعد الانعقاد او للمنع من الانعقاد
في حق الحكم على اصل اصحابنا والطلاق لا يحتمل الفسخ والخلع طلاق وعنده
ان اختارت في المدة يقع الطلاق ويلزمها المال وان ردت لا يقع ولا
يلزم المال وقول ابي حنيفة موافق لاصول اصحابنا فان العقد الذي فيه
خيار الشرط للبايع غير منعقد في حق الحكم بالاتفاق حتى ان المشتري
لو اعتق المبيع وفيه خيار الشرط للبايع لا يتوقف لانه اعتاق قبل وجود
سبب الملك على ما عرف وفي الحواشي ان المال مما يجري فيه الفسخ والخيار
شرع للفسخ اذا كان المال مقصودا بخلاف النكاح لان المال فيه فلا يجوز
فيه اشتراط الخيار من الجانبين ومن قال لامراته طلقتك امس على الف
درهم فلم تقبلي فقالت كنت قبلت فالقول قول الزوج مع يمينه ومن قال
لغيره بعتك هذا العبد امس بالف درهم فلم تقبل فقال كنت قبلت فالقول

قول الزوج مع يمينه ومن قال لغيره بعتك هذا العبد قول المدعي للقبول
وجه الفرق ينفرد به المطلق وان كان بالمال فالاقرار به لا يكون اقرارا
بالقبول لانفراده به من غير قبول وانما القبول للزوم المال اما البيع
فالاقرار به اقرار بالقبول لان البيع لا يكون الا بالايجاب والقبول
لانه معاوضة المال بالمال ولا بد فيه من البيع والثمن فالمبيع بايجاب
البايع والثمن بالتزام المشتري فكان انكارا للقبول رجوعا منه بعد
اعترافه به فلا يقبل منه وفي الجامع الصغير لقاضي خان لو قال بعتك
طلاقك بالف امس فلم تقبلي فقالت كنت قبلت فالقول قولها كما في بيع
العروض وكذا لو قال لعبده بعتك نفسك امس بالف فلم تقبله فقال
العبد قبلت فالقول قول العبد ولو قال اعتقتك امس بالف ولم تقبل
فقال قبلت فالقول قول المولى وهو كالطلاق والمعنى ما ذكرنا ولو قال
طلقتك امس وقلت ان شاء الله ذكر في اقرار الاصل انه لا يقع وفي المنتقى
لا يقع عند ابي يوسف ويقع عند محمد وعليه الفتوى ولو قال طلقتك
ان شاء الله لا يقع ولو قال كنت قلت لك انت طالق ثلاثا ان شاء الله وكذا بتة
في المشية كان القول قول الزوج لان الطلاق المتصل بالاستثناء لا حكم
له وفي الذخيرة لو قال بعتك طلاقك لم يقع ما لم تقل اشتريت بخلاف
خالعتك حيث يقع اذا نوى وفي المحيط قال سالتك ثلاثا بالف
فطلقتني واحدة وقال الزوج سالت واحدة فالقول لها والنية
له **قوله** والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من
الزوجين على الاخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة وقال محمد لا
يسقط الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المباراة
وفي المدونة المباراة المتاركة والخلع عن جميع مالها والفدا عن
بعضه ولو خالعها قبل الدخول على شيء من مالها سقط مهرها وان
كان ذلك الشيء في ذمتها لا يسقط وقال ابو عمر النمري عن مالك المختلعة
هي التي اختلعت من جميع مالها والمفتدية التي افتدت ببعض مالها
والمبارية هي التي بارات زوجها قبل الدخول فقالت قد ابراتك مما
كان يلزمك من صداقي ومقتضى الخلع عند ابي حنيفة براءة الزوج من المهر
اذا لم يكن المهر مقبوضا كان قبل الدخول او بعده وان كان مقبوضا فمقتضاه
براءة المراة عما يستوجب الزوج عليها بالطلاق قبل الدخول ومسائله على

وجوه أربعة أولها أن يخلعها على مهرها فان كان بعد الدخول ولم يكن مقبوضا
سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعه وان كان قبل الدخول
وهو مقبوض يرجع عليها به وهو الف درهم ففي القياس يرجع عليها
بالف وخمس مائة اخرى الالف المهر المخالع عليه وخمس مائة بالطلاق
قبل الدخول وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشيء ووجهه ان الخلع
وقع على المهر وهو اسم للواجب بالنكاح وذلك نصف المسمى وهو
خمس مائة وان لم يكن المهر مقبوضا كان لها على الزوج خمس مائة
وعليها للزوج بالخلع خمس مائة وعليها للزوج بالخلع خمس مائة
فيتقاصان ولا يرجع عليها بشيء هذا الاستحسان وفي القياس يرجع عليها
بخمس مائة وفي الينابيع هذا القياس والاستحسان على قولهما اما على
قول ابي حنيفة فلا شيء عليها اصلا ثانيها ان يخالعها على بعض مهرها
بان تخالعها على عشر وهو الف وقد دخل بها فله مائة ويسلم لها
الباقي بالاتفاق وان لم يكن مقبوضا سقط عنه كل المهر عند ابي حنيفة
مائة بحكم الشرط وتسع مائة بمقتضى لفظ الخلع وعندهما يسقط
عنه مائة وترجع عليه بالباقي وان كان قبل الدخول وقد قبضت
مهرها رجع عليها بعشر نصف مهرها وهو خمسون درهما ويسلم لها
الباقي وعندهما يرجع بخمسين بالشرط وخمس مائة بالطلاق قبل
الدخول وعند زفر بستمائة وان لم يكن مقبوضا بري الزوج من جميع
مهرها عنده وعندهما يسقط خمسون بالخلع وخمس مائة بالطلاق
قبل الدخول وترجع عليه باربع مائة وخمسين وفي الطلاق روايتان
عن ابي حنيفة والصحيح ان قوله فيه كقولهما في الخلع حتى لو طلقها
على الف ومهرها ثلاثة الف قبل الدخول يسقط الف وخمس مائة
بالطلاق قبل الدخول فيبقى لها الف وخمس مائة بقيت العقل بالف
ويبقى لها خمس مائة واختلفت المشايخ على قوله اذا كان بلفظ البيع
والشرا والصحيح كقولهما ثالثها ان يخلعها على مال معلوم ولم يذكر
المهر يلزمها البدل المذكور اما حكم المهر فان كانت مدخولا بها
وقد قبضت مهرها يلزمها البدل ولا رجوع لاحدهما على الاخر
اتفاقا وان لم يكن مدخولا بها وقد قبضت مهرها فعنده الزوج
يرجع بالبدل لا غير وبنصف المهر ايضا عندهما وان لم يكن مقبوضا لا يرجع

عليه عنده وعندهما ترجع بنصف المهر رابعها أن يخلعها ولا يذكر عوضا
فعندهما لا يبرا احدهما مما وجب للاخر من المال بالنكاح وعن ابي حنيفة
روايتان والصحيح براة كل واحد منهما وهل يبرا الزوج من مال اخر
سوى المهر عند ابي حنيفة فالصحيح انه لا يبرا وفي رواية الحسن
عنه يبرا وفي جوامع الفقه لو خالعها على مال مسمى غير المهر
بري الزوج من المهر وان كان اعطاها شيئا من المهر لا يرجع عليها
عنده ولا يدخل دين اخر لها عليه حتى لو خالعها على مهرها وعلى
كل حق لها عليه لا يبرا من مهر كان لها عليه بنكاح قبل هذا النكاح
لانه يراد به حقوق هذا النكاح وفيه ايضا اما دين اخر من غير
حقوق النكاح فلا يقع الابراء عنه في الخلع والمباراة في ظاهر الروا
ية وبه اخذ عامة المشايخ وفي رواية الحسن عنه يقع بدون الشرط
وبه اخذ ابو بكر البلخي لمحمد رحمه الله ان الخلع معاوضة وفيها يعتبر
الشروط ولا يتعدى الى غيره ولابي يوسف في الفرق ان المباراة
مفاعلة في البراة من الطرفين وانه مطلق فقيدناه بحقوق النكاح
لدلالة الحال والغرض بخلاف الخلع فان معناه الانخلاع وقد حصل
فلا ضرورة الى الانقطاع احكامه ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع هو
النزع والفصل وفي المغرب خلع الملبوس نزعه وخلع ثوبه عن بدنه
وخلع نعله عن رجله قال الله تعالى فاخلع نعليك وقوله خلع الميت
لاجل اللمعة اي ينزع عنه الكفن والخلع في الطلاق بالضم سمي به
لان كل واحد منهما لباس لصاحبه قال الله تعالى هن لباس لكم وانتم
لباس لهن فاذا فعلا ذلك فكانهما نزعا لباسهما وفي المغني سمي
خلعا لان المراة تنخلع من لباس زوجها وهو من باب ترشيح المجاز
ويقال خلع الفرس عذاره ورسنه اذا القاه على وجهه ومنه
فلان خليع اي شاطر قد اعيا اهله خبثا كانه خلع عذاره ورسنه
او لان اهله خلعوه وتبرؤا منه ومنه وخلع ونترك من يحذرك
اي نتبرا منه ومن كلام محمد رحمه الله في السير تخلعت السفينة اي
تفككت وانفصلت مواصلها وخلع الوالي اي عزل وازيل عن مكانه
وخالعت المراة بعلها فهي خالع والخلع ايضا لحم يطبخ بالتوابل
ثم يجعل في وعاء وفي الكردي ولو خلعها او بارا سقط كل حق يتعلق

بالنكاح فان كان قبل الدخول ولم تقبض المهر لم يكن لها مطالبة بشيء وان
قبضت لم يكن للزوج مطالبتها بشيء عنده على ما تقدم لان اصل الخلع الفسخ
وتعذر فسخ النكاح لانه لا يقبله ولم يتعذر في فسخ احكامه كالنفقة في
النكاح فانه يظهر في حق المسمى من المهر فروع ذكرها في الذخيرة لو
قالت خلعت نفسي منك بالف خلعت نفسي منك بالف خلعت نفسي منك بالف
فقال الزوج رضيت او اجزت كان ثلاثا بثلاثة الاف ولو قال خلعتك ولم يذكر
عوضا فقالت قبلت لا يسقط شيء من مهرها هذا ظاهر جواب الرواية وذكر
خواهر زاده وعلي السغدي انه يبرا من مهرها وان لم يكن عليه مهر
ترد ما قبضت وعن ابي حنيفة روايتان اذا لم يذكر العوض في الخلع والاصح
براته وفي شرح الشافي يبرا من المهر عنده وفي المحيط الصحيح انه ما قبضته
فهو لها وما كان باقيا في ذمته يسقط ولا تسقط نفقة العدة الا بالذكر
وان شرط نفقة العدة ومؤنة السكنى في الخلع سقطا بلا خلاف وان شرطت
البراة من السكنى في الخلع لا يصح لان السكنى في بيت العدة حق الله تعالى وفي
المنتقى فيما في لا تصح البراة من نفقة العدة اتفاقا الا بالشرط في الطلاق ولا
تصح البراة عن نفقة الولد والرضاع بالشرط فان وقت له وقتا جاز فان مات
الولد قبل تمام الوقت يرجع الاب الى تمام المدة والحيلة في ان لا يرجع عليها ان
يقول الزوج خالعتك على اني بريء من نفقته ولذلك فان مات فلا رجوع لي عليك
ولا تدخل نفقة العدة في قوله خلعتك بكل حق لك علي لانها لم تكن حقا لها عليه
عند الخلع وفي المحيط اذا شرط سقوط نفقة العدة فالخلع انعقد غير
موجب للنفقة فلا يجب وفي قنية المنية الابراء وجد بعد وجود سبب
وجوب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قلت ينبغي ان يكون الصحيح ما
ذكره صاحب المحيط وما ذكره صاحب التنبيه يبطل بالابراء بعد الخلع وفي
جوامع الفقه لو خلعها على رضاع ما في بطنها او نفقة ولدها ولم يبين
مدة الرضاع فهي سنتان واحد كان الولد او اكثر فان كان ميتا او مات
الولد بعد الوضع يجب عليها قيمة رضاع سنتين الا اذا شرطت انها برية من
رضاعه ان مات الولد او وضع ميتا والبراة عن نفقة العدة ومؤنة السكنى
ان شرطت في الخلع والمباراة يصح بينهما للزوج بلا خلاف وذكر بعده بقليل
ان شرط البراة من السكنى في الخلع لا يصح لان السكنى في بيت العدة حق الله
تعالى واسقاطها لا يصح وفي الينابيع لو خالعها على نفقة عدتها صح الخلع

وسقطت

وسقطت النفقة وكذا لو ابراته من نفقة عدتها بعد الخلع وهذا يؤيد علة
التنبيه بخلاف الابراء من النفقة حال قيام النكاح فان الابراء من النفقة في
المستقبل لا يصح ولو ابراه عن السكنى لا يصح قال صاحب الينابيع هكذا
ذكره الطحاوي وفي المبسوط ابراؤها عن السكنى لا يصح لان خروجها من بيت
الزوج معصية قالوا لو ابراته من مؤنة السكنى فسكنت بيت نفسها او
الزمت نفسها من مالها صح وطا في الخلع صح لانه خالص حقها وفي قنية المنية
خلعها على نفقة ولده عشر سنين وهي معسرة فطالبته بنفقته يجبر
عليها وما شرط عليها دين وعليه الاعتماد لا على ما افتى به بعضهم من
سقوط النفقة وفي الذخيرة لو خلعها على رضاع ابنه سنتين وعلى
نفقة ابنه هذا عشر سنين بعد الفطام فهذا جائز وكذا لو خلعها
على ان تمسك ولدها سنتين وعلى ان تكسوه من مالها في المدة ولا تضر
الجهالة ولو طلبت كسوته من ابيه لا يلتفت اليها وان لم تشترط ذلك
فلها طلب كسوته وفي كتاب الطلاق للحسن لو اختلعت بمهرها ورضاع
ولدها الذي في بطنها سنتين ونفقته عشر سنين بعد الفطام
كان جائزا كما تقدم فلو ولدته ميتا رجع عليها باجرة الرضاع سنتين
وان اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل
وفي المحيط لو قال اخلعي نفسك بالف فقالت اختلعت بالف ولم يقل الزوج
خلعتك او قالت خالعني بالف فقال خالعتك بالف ولم تقل المراة قبلت
تم الخلع وفي رواية لا يصح وعلل بان الوكيل يستريد ويستنقص والمال
مقصود في الخلع بخلاف النكاح وكذا الكتابة والصلح عن دم العمد على
الروايتين وكذا لو قال لها اشتري ثلاث تطليقات بالف فقالت اشتريت
وفي النوادر اشتري ثلاث تطليقات بكذا فقالت اشتريت لا يتم الخلع ما
لم يقل الزوج قبلت وهو الصحيح الا اذا اراد التحقيق دون المساومة
ولو قال لها اختلعت نفسك مني بكذا فقالت فعلت قيل يصح وقيل
لا يصح مطلقا والمختار انه يصح اذا اراد التحقيق دون السوم ولو قالت
بعتك مهري ونفقة ولدي فقال الزوج اشتريت قال فالظاهر انها
لا تطلق لانه اشترى منها مهرها وذلك ليس بطلاق لكن الاحوط تجديد
النكاح وفي المغني اذا خالعته على رضاع ولده سنتين صح عند ابن حنبل
قال وبه قال الشافعي وان لم يذكرا فيه مدة صح وينصرف الى ما بقي من الحولين

وعند الشافعية لا يصح عند عدم ذكر المدة وان مات الصبي في المدة او ماتت
او انقطع لبنها فعليها اجر المثل لما بقي من المدة وان خالعها بغير عوض
صح ولا شي له وروي عنه ابنه عبد الله انها تبين بطلقتين ويتزوجها
بعقد جديد وهو قول اصحابنا ومالك وفي رواية عنه لا يكون الا بعوض
قوله ومن خلع ابنته وهي صغيرة على مالها لم يجز عليها عندنا وبه
قال الشافعي وابن حنبل وقال مالك يجوز وان قبلت الصغيرة على مالها
وقع الطلاق ولا يلزمها المال وهو قول الايمة الثلاثة وروي عن ابن
القاسم رحمه الله عليه في التي لم تحض وقد بني بها لزوم المال وقال ابو
بكر بن محمد المعروف من قول اصحابنا ان المال مردود ولانه لا نظر لها فيه
لان البضع في حال الخروج غير متقوم والبدل مال بخلاف النكاح لانه
متقوم ولا يشرع الابدال ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح
المريض بمهر المثل من جميع المال فان اجنبي فلا شي عليها ولا يسقط
مهرها ويقع الطلاق في رواية وهي الاصح لانه تعليق بالقبول كقبول
المبانه ولا يقع في رواية وفي جوامع الفقه طلق الصغيرة بمهرها
فقبلت وقعت طلقة ولا يبرا وان قبل ابوها او اجنبي قال نصير وهو
رواية هشام عن محمد يقع وذكر الهندواني عن محمد انه لا يقع فان بلغت
واجازت جاز وفي الذخيرة خالع الاب او الاجنبي صغيرة على صداقها
وضمنه صح الخلع فاذا بلغت جاز للزوج ان ياخذ بنصف الصداق زوجها
ثم الزوج يرجع على الضامن بذلك قال السرخسي او ترجع البنت على
الاب بنصف صداقها ولا ترجع على الزوج قلت ويلحقها خالعها على مثل
صداقها اما لو خالعها على مثل صداقها وتقع البينونه بقبولها وهي
تعقل العقد بالاتفاق وان لم تقبل عند الخلع وكان اجنبيا لا تقع البينونه
بالاتفاق وهل يتوقف على اجازتها العقد عند بلوغها قيل لا يتوقف
لانه ليس له مجيز عند صدوره وقيل يتوقف نص عليه الخصاف في شروطه
وان كان ابا ولم يضمن للزوج هل يقع طلاقه ذكر خواهر زاده رواية الوقوع
محمولة على ضمان الاب توفيقا بين الروايتين وان وكلت الصغيرة بالخلع
على صداقها ضمن بانت بالاتفاق وان لم يضمن ذكر في الوكالة انها تبين
وفي النوازل لا تبين وان خالعها الاب على الف في ذمته او على انه ضامن
فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح بالاتفاق

الايمة الاربعة ومنعه ابو ثور لنا الاب اولى لان له عليها ولاية في النفع وفي
المتردد بين النفع والضرر ولانه ربما وجب على الاب بعض حقوقها
بخلاف الاجنبي وفي الذخيرة قال لها انت طالق بمهرك فقالت لا اقبل
وقال الاب قبلت وضمنت ذلك لا يقع لانها المخاطبة دونه وان قال هي
طالق على عبد لك هذا فقبل ولم تقبل المراة وقع ولزمه العبد وان لم يقبل
وقبلت هي لا يقع لان الخطاب له دونها قوله على انه ضامن فيه ظاهر
لان الزوج لم يكن له عليها مال واجب والمراد بالضمان هنا التزام الالف
ابتدا لا بجهة الكفالة وذلك في الخلع جائز كما مر وهذا بمثابته لقول صاحب
الكتاب ذكره في الحواشي ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب
لانه تبرع وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول
بان كانت تعقل العقد كما تقدم الى اخره وان قبله الاب عنها ففيه روايتان
كما لو خلعها على مهرها ويضمن توقف على قبولها فان قبلت طلقت بغير بدل
وان قبل الاب ففي الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف طلقت لوجود
قبوله ويلزمه خمسمائة استحسانا وهو الذي يسلم لها بالطلاق قبل الدخول
وفي القياس يلزمه الالف وهو المسمى وقد ذكرنا ذلك في الكبيرة ووجه
القياس والاستحسان فلا نعيده وفي الوسيط لو اختلعها بالبراة فهو
على ثلاثة اوجه في الصحيح احدها ان الطلاق يقع رجعيا كخلع السفيهة
والثاني يقع باينا قلت كما اذا زوج ابنه الصغير بمهر المثل لان البضع متقوم
كالبيع والشرا فينبغي ان يجوز عنده خلعها بمهر مثلها لانه متقوم عند
النكاح والثالث هو كالوكيل الكاذب حتى لا يقع طلاقه وان قال خالعها
فانا ضامن لبراتك فالقياس ان يقع رجعيا ولا يلزمه شي لان ضمانه عن
البراة محال فيلغو المال ويصح القبول وان قال طلقها فان طولبت بالصداق
فانا ضامن تقع البينونه ووجب مهر المثل لفساد الالتزام مسئلة
المختلعة يلحقها صريح الطلاق في العدة عندنا ولا يلحقها الطلاق في
قوله لنسائه طوالق ولا بالكناية وهو قول سعيد ابن المسيب وشريح
القاضي وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري
وفي رواية الحسن البصري وهو مذهب ابن مسعود وابي الدردا وعمران ابن الحصين
وهو قول داود واصحابه وعند الايمة الثلاثة لا يلحقها كما لو قال
لها اعتدي او استبري رحمك او انت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها
تطليقة باينة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ذكره في الذخيرة

تعلقوا بما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال المختلعة لا يلحقها صريح
الطلاق وان كانت في العدة وروي ذلك عن ابن عباس ذكره في الروضة ولنا
ما رواه قاضي القضاة ابو يوسف باسناده في الامالي عن النبي عليه الصلاة
والسلام انه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة قال
النسائي الثقات من اصحاب ابي حنيفة ابو يوسف وذكر جماعة غيره روى له
يحيى بن معين واحمد بن حنبل ذكر ذلك السمعاني في الانساب وروى ابو ثور
عن محمد في الكيسانيات عن النبي عليه الصلاة والسلام ان من خالع امرأته
ثم طلقها متبع طلاقه وحديثهم لا اصل له ذكره سبط بن الجوزي في ايثار
الانصاف **فصل** لو اشتد الشقاق بين الزوجين بعث
القاضي حكما بينهما من اهلهما قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا
حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما الاية والضمير ان
للزوج والزوجة لتقدم ما دل عليهما في قوله تعالى الرجال قوامون على النسا
والضمير في ان يريدا اصلاحا للحكمين وفي يوفق الله بينهما للزوجين وقيل
للحكمين ايضا وقيل الضمير للزوجين اي ان يريدا اصلاح ما بينهما فطلبا الخير
وان يزول عنهما الشقاق يطرح الله بينهما الالفة وابدل بالشقاق وفاقا
والاولى عندنا ان تكون الحكمان من اهلهما لانهما اخبر بباطن امرهما واشفق بهما
وبه قال الشافعي وابن حنبل وقال مالك لا يشترط ان يكونا من اهلهما الا ان لا
يوجد من اهلهما من يصلح لذلك وقولهما نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما
عندنا وهو مذهب عطا والحسن وقتادة وابي ثور وهو اصح قولي الشافعي
وابن حنبل وقال مالك قولهما نافذ في الجمع والتفريق من غير توكيل الزوجين
وهو قول الاوزاعي واسحق بن راهويه ويروى ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما
وتطلق واحدة باينة عند مالك وقال ابن القاسم بجواز اجتماعهما على الثلاث
قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا ان يبري من مالها فكيف يجعل ذلك نايبه وفي
احكام القران للشيخ ابي بكر الرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان
انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع امرها
الى السلطان فيبعث حكما من اهله وحكما من اهلها وايهما كان اظلم رده الى السلطان
واخذ فوق يده كالعنين والمجبوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل
بينهما فان ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقوقها يبعث
الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما ان يجمعا ولا ان يفرقا
بغير امرهما وزعم اسمعيل بن اسحق المالكي ان ابا حنيفة واصحابه لم يعرفوا امر

امر الحكمين قال الشيخ ابو بكر لقد كذب عليهم وما اولى بالانسان حفظ لسانه
لا سيما فيما يحكيه عن العلما ومن هو من علم انه مواخذ بكلامه قبل كلامه فيما
لا يعنيه وامر الحكمين في الشقاق منصوص عليه في الكتاب فكيف يخفى عليهم
مع محلهم من العلم والدين والشريعة وقد قال علي رضي الله عنه للزوج لما
قال اما الفرقة فلا قد كذبت والله لا ينقلب حتى يقر كما اقرت فاخبر ان
قولهما انما يكون برضى الزوجين وتحكيم الحكم في الخصومة جائز بين الخصمين
كالتوكيل قال اسمعيل بن اسحق الوكيل لا يسمى حكما وليس كما ظن وتسمية الوكيل
فيه حكما لتاكيد الوكالة لقبول قولهما عليهما كالحاكم وزعم ان عليا انما
انكر على الزوج لعدم رضاه بكتاب الله ولم يأخذه بالتوكيل وانما اخذه
بعدم الرضى بكتاب الله تعالى وليس كما زعم لانه قال اما الفرقة فلا فقال
رضي الله عنه كذبت اي اخطات بل تقر كما اقرت فانكر عليه ترك التوكيل
بالفرقة ان راها وعدم الرضى بكتاب الله كفر والحكمان يمضيان امر
الزوجين وانهما اذا قصد الحق وفقهم الله للصواب اذ هما موكلان للجمع
والتفريق فعليهما الاجتهاد في طلب الخير لهما فيه وكلما روي عن السلف
ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم يقولوا انه جائز
بغير رضى الزوجين وهذا لانه غير جائز لهما ان يطلقا زوجة الغير بغير
اذنه ولا ان يدفعا مالها الى غيرها ويملكاه منه بغير رضاها بخلاف قضا
دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للزوج في مالها
قال الله تعالى وآتوا النسا صدقاتهن وقال فلا تاخذوا منه شيا وقال ولا
يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيا الى قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به
فاباح حينئذ ان تفتدي بما شاءت واحل للزوج اخذه فاباحة ذلك
للحكمين بغير رضاهما وبغير توكيل منهما مخالف للكتاب قال الله تعالى يا ايها
الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
فمنع الانسان ان ياكل مال غيره بغير رضاه وقال عليه الصلاة والسلام
لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه فهذا حكم الكتاب والسنة والاجماع
الامة والحكمان انما بعثا للصلح وان يشهدا على الظالم منهما كما روي عن
قتادة انه قال انما بعث الحكمان ليصلحا فان اعياهما ذلك شهدا على الظالم
بظلمه وليس اليهما الفرقة ومفهوم الاية يدل عليه فانه قال ان يريدا
اصلاحا يوفق الله بينهما ولم يقل ان يريدا تفريقا وانما بعث الحكمان ليعظا
الظالم منهما وينكر عليه ظلمه فان لم يقبل اعلم الحاكم بذلك ليدفع ظلمه فان

كان الزوج هو الظالم انكرا عليه وقالا لا يحل لك ان تؤذيها لتختلع منك
وان كانت هي الظالمة قالا قد حلت لك الفدية وكان معذورا في اخذها
لما ظهر للحكمين من نشوزها فان اجعل كل واحد الى الحكم من قبله ما له من
الخلع والتفريق وكانا وكيلين جاز لهما ان يخلعا ان رايا ذلك وان يجمعا
ان راياه صلاحا فهما شاهدان في حال ومصلحان في حال وامران بمعروف
وناهيان عن منكر ووكيلان في حال اذا فوض ذلك اليهما واما قول من قال
انهما يفرقان ويخلعان بآرائهما من غير توكيل فهو متعسف خارج عن حكم
الكتاب والسنة وفي شرح البخاري للصفاقسي قال عليه الصلاة والسلام
ان بني المغيرة استاذنوني في ان ينكح علي ابنتهم فلا اذن وبوب البخاري
هنا باب الشقاق وهذا اليسير من تبويبه وكذا قوله بيع الامة لا يكون
طلاقا فلم يات فيه ايضا بشيء مما يدل على التبويب وفي البسيط في العدد
تردد والعدالة لا بد منها وفي المغني يشترط ان يكونا مامونين وذلك
برضى الزوجين وتوكيلهما بان يجمعا ان رايا او يفرقا وفي رواية كقول مالك
فان غابا او احدهما بعد بعث الحكمين جاز لهما امضا رايهما ان قلنا هما
وكيلان وان قلنا هما حاكمان لم يجز القضا للغايب وان جن احدهما بطل توكيله
وكذا ان كانا حاكمان لان بقا الشقاق بينهما شرط عند الحكم والله اعلم

تم الجزو بحمد الله وعونه وحسن توفيقه وصلى الله على سيدنا
محمد واله وصحبه وسلم تسليما كثيرا على يد العبد الضعيف
الفقير الى رحمة ربه وعفوه عبد الرحمن بن محمد بن الابار
عفا الله عنهم اجمعين وعن المسلمين كذلك وغفر لهم امين
يتلوه في الجزو الذي يليه باب الظهار

ومن اول باب الظهار الى اول كتاب الايمان في الجزء السابع
والى كتاب الايمان بلغ بشرح السروجي وهو مقدار ثلث الهداية وكمله
بعض المشايخ من اول كتاب الايمان الى باب المرتدين في ست مجلدات
ولم يتيسر له اتمام التكميل
كتبه ابو عبد الله [illegible] جار الله